

DE LA PREUVE
DE LA
PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

THÈSE pour le DOCTORAT

Es-Sciences Juridiques

Présentée et soutenue le Vendredi 3 Février 1922, à 2 heures

par

Pauline MENDELSSOHN

Lauréate de la Faculté de Droit de Paris

Président : M. CAPITANT, Professeur

Suffragants : { *MM. LYON-CAEN, Professeur*
RIPERT, Professeur

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. Pichon et Durand-Auzias, Administrateurs

LIBRAIRIE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

20, Rue Soufflot, (5 arr.)

— 1922 —

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

De la Preuve
de la
Propriété Immobilière.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS.

DE LA PREUVE
DE LA
PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

THÈSE pour le DOCTORAT

Es-Sciences Juridiques

Présentée et soutenue le Vendredi 3 Février 1922, à 2 heures

par

Pauline MENDELSSOHN

Lauréate de la Faculté de Droit de Paris

Président : M. CAPITANT, Professeur

*Suffragants : { MM. LYON-CAEN, Professeur
RIPERT, Professeur*

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. Pichon et Durand-Auzias, Administrateurs

LIBRAIRIE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

20, Rue Soufflot, (5 arr.)

— 1922 —



INTRODUCTION

La question de la preuve de la propriété immobilière est une de celle qui, peut-on dire, n'a jusqu'alors intéressé les auteurs que d'une façon très modérée, en comparaison surtout de son importance pratique.

A part quelques pages que consacrent à cette étude les traités et les manuels de droit civil, on ne peut guère citer que l'ouvrage de M. Emmanuel Lévy sur l'idée de transmission de droits (A propos de la preuve de la propriété immobilière), l'article de M. Debrand dans la revue Bourguignonne de l'Enseignement Supérieur année 1893 et le dernier chapitre des deux volumes que M. Appleton consacre à l'action Publicienne (1).

A priori, on est tenté d'expliquer ce « laconisme » en disant que la propriété immobilière existe depuis trop longtemps pour que sa preuve puisse encore donner lieu à des difficultés d'ordre juridique. Quel intérêt dès lors peut-il y avoir pour le théoricien à étudier cette question ? et ajoute-t-on, si depuis les Romains quelque chose restait à dire, sans parler même de Pothier,

¹ Il convient également de citer les thèses de M. Saudino Aix, 1908 et de M. Grossu, Paris, 1913, ainsi que les remarquables notes de jurisprudence de MM. Naquet, Wahl et Ripert, citées au cours de l'ouvrage.

les auteurs que nous venons de citer ont certainement épuisé le sujet.

Telles sont les réflexions que nous nous sommes faites dès le moment où nous avons pensé à l'étude de cette question qui malgré tout nous paraît intéressante. Et si nous n'hésitons pas à reprendre ce sujet qui a été traité avec une ampleur et une science que nous n'atteindrons certainement pas, ce n'est pas que nous espérons faire mieux que nos prédécesseurs, mais c'est tout simplement parce qu'il nous a semblé qu'il y avait encore place pour une étude nette et précise des grands principes directeurs de la Jurisprudence en une matière si spéciale où le Code observe une réserve d'autant plus regrettable que, dans la pratique, la preuve de la propriété immobilière peut offrir quelquefois une importance qu'il n'est même pas besoin de souligner.

Si, avons-nous dit, les conflits entre propriétaires sont moins fréquents que jadis, on doit admettre qu'il s'en rencontre encore, et surtout à l'occasion d'exploitations rurales, où les limites des propriétés restent souvent incertaines. Les mouvements naturels du terrain, les travaux divers, quelquefois aussi la ruse du cultivateur déplacent petit à petit les limites des champs, des marais, mouvements non perceptibles au passant, mais qui à la longue, peuvent se traduire par une différence intéressante pour le fonds lésé.

Comment, dans ces cas, pourra-t-on établir son droit ? Délimite-t-on toujours avec une précision suffisante les parcelles divisées d'un héritage ? Des titres

utiles ne peuvent-ils pas s'égarer notamment dans nos malheureuses régions du Nord ou de l'Est à la suite de l'invasion... Comment dans ces alternatives établir son droit à la propriété privée ?

Preuve d'autant plus indispensable pourtant à rapporter que nous vivons dans un pays où la propriété est particulièrement divisée, et où le droit de propriété est lui-même un des fondements les plus sérieux et le plus important de notre organisation à la fois économique et sociale.

Or, pour prouver que l'on est bien propriétaire d'un fonds donné, il faut établir : 1° Que l'on a acquis ce bien légitimement ; 2° Que celui de qui on le tient le possédait lui-même à titre de propriétaire. Car il ne suffit pas de prouver que ce bien est en sa possession au résultat d'un acte translatif, vente, échange, donation, legs, etc... mais que celui qui s'en est dépouillé le détenait lui-même en qualité de propriétaire. *Nemo dat quod non habet.*

On ne peut, en effet, céder que ce que l'on a, à soi, et l'on ne saurait donner ou vendre à autrui que sa propriété.

Or, pour prouver le droit de propriété de son auteur, il faudra prouver qu'étaient également légitimes propriétaires tous les auteurs précédents en remontant jusqu'au premier propriétaire qui lui, doit nécessairement se confondre avec l'occupant : l'occupation étant indubitablement le mode originaire d'acquisition de la propriété.

Et si, dans la chaîne de ces auteurs successifs, il

s'en trouvait un seul qui ne fut pas propriétaire légitime, tous ses successeurs n'auraient pu acquérir un droit de propriété qui ne leur a pas été transmis.

Et, parce que cette preuve est en fait impossible, ou comme on l'a dit, diabolique, toutes les législations ont eu recours à la prescription.

Grâce à elle, il n'est plus nécessaire de rechercher dans la nuit des temps les traces d'un droit de propriété que l'on ne peut établir : il suffit de prouver que depuis trente ans, on est, par soi-même ou par ses auteurs, possesseur du bien dont on se prétend propriétaire.

Il ne nous appartient pas d'entrer ici dans de longs développements sur le fondement et l'utilité sociale de la prescription. Nous renvoyons sur ce point aux nombreux et savants ouvrages qui y ont été consacrés (1). Un examen détaillé de cette question dépasserait, en effet, les cadres que nous nous sommes tracés pour l'étude que nous avons entreprise, mais, pourtant, il nous faut souligner l'importance que présente la prescription en matière de preuve de la propriété immobilière.

Elle est, en effet, on le comprend facilement, le seul moyen d'établir pratiquement et d'une façon absolue le droit de propriété. Aussi conçoit-on que certains auteurs, et non des moindres, aient pu soutenir que la

¹ V. Notamment Baudry-Lacantinerie et Tissier, *De la prescription*; Troplong, *Prescription*; Aubry et Rau, 5^e éd. § 210.

prescription était non seulement la meilleure, mais la seule preuve possible de la propriété immobilière.

Ainsi donc, si la preuve diabolique est en fait reconnue, dans la plupart des cas, impossible à rapporter, on devrait admettre semble-t-il que la prescription peut seule la suppléer. Mais la pratique n'est pas de cet avis, bien au contraire, car peu nombreux sont les propriétaires qui pourraient justifier d'une prescription utile.

Si, en effet, le temps nécessaire pour que la prescription soit accomplie est, dans notre droit, relativement court (dix, vingt ou trente ans), il ne faut pas oublier que non seulement les causes de suspension de la prescription sont assez nombreuses et fréquentes, mais que cette suspension peut durer fort longtemps, soit qu'elle s'accomplisse au profit d'un mineur, soit qu'il s'agisse d'un immeuble dotal, auquel cas, à supposer par exemple que le mariage ait duré cinquante ans, il faudra faire la preuve que l'on possédait l'immeuble depuis soixante, soixante-dix ou quatre-vingts ans.

Quoi d'étonnant, dès lors, que la pratique s'en soit allée à la recherche d'autres modes de preuves que la prescription qui porte en elle de tels inconvénients?

On aperçoit encore la nécessité de ces autres preuves lorsqu'on considère la fréquence des mutations dans un pays comme la France où la propriété est morcelée jusqu'à l'infini, où le paysan qui fait de la monoculture, cède ou échange ses terres sous l'influence de mauvaises récoltes, ou de désastres comme le phylloxéra, et qui souvent pour éviter les frais qu'occasionnerait l'inter-

vention d'un officier ministériel, « passe un papier timbré », le timbre ayant à ses yeux une vertu régulatrice que ne soupçonne ni le législateur ni le théoricien.

Et, en le rédigeant, il ne songe pas que l'acte sous seing privé se perd plus aisément que la minute d'acte authentique déposée chez un notaire, et surtout que, livrés à leurs seules inspirations, les intéressés pensent rarement à indiquer dans l'acte qu'ils rédigent ce que dans le style notarial on appelle « les origines de propriété ».

Voilà quelques-unes des raisons qui ont fait qu'il convient de reconnaître une certaine valeur à d'autres modes de preuves que la prescription.

Il était, en effet, impossible d'admettre que celui qui, dans un procès en revendication, ne peut rapporter la preuve d'une prescription accomplie à son profit dût succomber.

Une telle solution serait apparue par trop rigoureuse. Les Tribunaux ont naturellement reculé devant de telles conséquences, et faisant œuvre prétorienne ils ont peu à peu élaboré un système de preuves de la propriété immobilière.

Bien que les auteurs aient critiqué ce système, il faut reconnaître pourtant qu'il a au moins le mérite de donner toute satisfaction aux besoins de la pratique.

Il nous faudra montrer, et nous espérons y parvenir, qu'à notre avis, il répond aussi à toutes les exigences du droit, et offre à tous égards une sécurité que la souplesse qui le caractérise ne diminue certes pas.

Notons avant d'entreprendre cette étude que si les so-

lutions adoptées par les tribunaux ont fait naître d'assez vives controverses en France, il existe, au contraire, des pays qui ignorent tout de ces discussions, parce qu'ils voient fonctionner chez eux en matière immobilière le système Torrens ou celui des livres fonciers.

On sait que ces systèmes reposent sur une publicité réelle, c'est-à-dire qu'ils sont tenus par nom de parcelles et que toute mutation qui affecte un immeuble, toute charge qui grève le fonds, sont immédiatement mentionnées sur la page propre à cet immeuble, qui se trouve ainsi avoir son véritable « casier civil ».

Est considéré comme seul propriétaire, — et c'est là le point qui nous intéresse, — celui qui figure comme tel sur le registre.

Toute inscription n'est obtenue qu'après vérification minutieuse par l'Administration de la validité de la mutation invoquée. L'immatriculation, une fois accordée, met, on le conçoit, le propriétaire à l'abri de toute contestation, et fait preuve vis-à-vis des tiers et d'une façon absolue du droit de celui au profit duquel elle est faite.

Sans doute, ce système n'est pas à l'abri de toute critique et l'on peut lui reprocher de sacrifier parfois les droits du véritable propriétaire à ceux d'un usurpateur que l'inscription consolide définitivement.

Mais, c'est là « le déchet inévitable d'erreurs et de confusions qu'on rencontre dans toute organisation humaine » (1), erreurs regrettables, certes, mais qui ne

¹ Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 3^{ème} édit., t. I, p. 976.

suffisent pas à condamner un système grâce auquel le propriétaire ignore toutes les difficultés de preuve auxquelles se heurte le propriétaire français.

C'est donc à l'examen de ces difficultés à la systématisation des règles que l'on peut déduire des solutions aujourd'hui adoptées par la Jurisprudence française en cette matière, que nous consacrerons cette étude.

PREMIERE PARTIE

Historique.

Il est presque de tradition dans les travaux comme celui-ci d'étudier les origines romaines des questions juridiques de droit privé. Ce n'est certes pas nous faillirons à cet usage, non pas tant pour nous conformer à une règle plusieurs fois séculaire que parce qu'il semble à priori que tout nous incite à rechercher dans les plus anciens textes du droit romain la solution de la question qui nous occupe.

En effet, non seulement, notre code est muet sur la preuve de la propriété immobilière, mais encore l'action en revendication, par laquelle on prétend être propriétaire d'un certain bien porte le même nom que la *Rei vindicatio* romaine.

Est-ce qu'au surplus d'ailleurs, nos tribunaux n'ont pas paru à certains auteurs exiger du revendiquant les mêmes justifications que celles exigées par le prêteur pour triompher dans la *publicienne* ?

Ainsi donc, et pour toutes ces raisons, il apparaît indispensable d'étudier à la source même de notre droit, dans la Rome antique, la question de la preuve de la propriété immobilière.

Les deux actions par lesquelles en droit romain on tentait de faire connaître son droit de propriété furent d'abord la *Rei vindicatio*, puis la *Publicienne*.

Il convient de rechercher ce qu'était chacune de ces deux actions, par qui elles pouvaient être utilisées, à quels résultats elles pouvaient aboutir.

C'est ce que nous allons faire brièvement.

CHAPITRE I

Le Droit romain.

Section I. — LA REI VINDICATO

La *rei vindicatio* était, en droit romain, l'action accordée au propriétaire quiritaire pour lui permettre de reprendre entre les mains d'un tiers, la chose qui n'est plus en sa possession. La forme, les conditions d'exercice, la procédure et les effets de l'action en revendication ont varié suivant les époques. Il ne nous est pas possible d'entrer ici dans l'examen détaillé de ces questions (1) voulant seulement nous borner à l'étude de la preuve de la propriété immobilière. Mais il est cependant nécessaire que nous rappelions en quelques mots la procédure de la *rei vindicatio* qui était celle de droit commun, c'est-à-dire d'abord celle de la *legis actio sacramenti*, puis la procédure *per sponsionem*, enfin celle *per formulam petitoriam*.

La *legis actio sacramenti*, on le sait, comprenait deux phases, l'une le *jus* qui se déroulait devant le magistrat, l'autre, le *judicium*, devant le juge.

¹ Voir not. Girard, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 5ème édit. p. 336 et s.; May, *Eléments de droit Romain*, 11ème édit., p. 228 et s.; Cuq. *Institutions Juridiques des Romains*, p. 292 et suiv. Cf. *Gaius*, IV, 16.

Dans la première, les parties après avoir simulé un combat pour la possession de la chose, prononçaient la formule de la *vindicatio*, et de la *contravindicatio*, c'est à-dire qu'elles affirmaient chacune leur droit sur le bien litigieux: «*Aio hanc rem meam esse ex jure quiritium*» Puis avait lieu le *sacramentum*, c'est-à-dire l'affirmation sous serment, par chaque partie, de la véracité de son allégation et la consignation d'une somme de 50 à 500 as qui devait être perdue par la partie qui succomberait.

Dans la seconde phase, les parties allaient devant le juge justifier leur prétention et celui-ci décidait quel *sacramentum* paraissait *justum*, ce qui revenait indirectement et par voie de conséquence, à trancher la question de la propriété.

Dans la procédure *par sponsionem*, cette question se pose de la même façon, mais l'action n'est plus double, en ce sens que le demandeur seul est tenu de prouver son droit, le défendeur, en principe, n'a qu'à le nier.

Quant à la procédure par formule pétitoire, si la question de la propriété est posée directement, elle l'est toujours devant le juge, et est résolue suivant les mêmes règles.

Parmi ces règles, celle qui ont trait à la preuve, doivent seules nous retenir.

Conformément au principe *onus probandi incumbit ei qui decit non ei qui negat*, c'est au demandeur qui affirme que la chose est sienne, *ex jure quiritium*, à prouver son droit.

Toutefois, à l'origine, dans la *legis actio sacramenti*, chacune des deux parties se prétendant propriétaire

de la même façon, et dans les mêmes termes, il ne suffisait pas au défendeur de nier le droit de son adversaire, il devait lui-même faire la preuve de son droit. Sous cette réserve, recherchons comment il était possible aux parties et plus tard au demandeur de prouver son droit de propriété.

Si le demandeur invoque un mode originaire d'acquisition de la propriété, l'occupation, la preuve en sera assez facile : c'est là un simple fait qu'il lui suffira d'établir d'une façon quelconque, généralement par témoins.

Mais la plupart du temps, le bien aura été acquis par un mode dérivé, ce qui suppose qu'une personne cesse d'être propriétaire en même temps qu'une autre le devient. Suffira-t-il alors au demandeur de prouver qu'il a obtenu la chose par un mode d'acquisition régulier, ou ne devra-t-il pas prouver en outre que son auteur était propriétaire et pouvait par conséquent lui transmettre ce droit (1) ?

La question a été assez discutée parmi certains romanistes pendant toute une partie du dix-neuvième siècle. Quatre systèmes différents ont été soutenus. Il nous faut les examiner successivement.

Le demandeur, a-t-on dit d'abord, n'a pas à éta-

¹ «Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert» Ulpien D. 41. 1. 20. Princ.

blir le droit de son auteur. Sans doute, à s'en tenir à la rigueur des principes, il aurait dû fournir cette preuve, car son auteur n'a pu lui transmettre un droit, que s'il en était lui-même titulaire. Mais pour éviter la *probatio diabolica* qui eut été la conséquence forcée de cette exigence et qui rend la preuve impossible pratiquement, pour un motif d'équité, et aussi de simplicité, on a admis que le demandeur qui pouvait invoquer un titre translatif serait présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire ; et l'on invoque à l'appui de ce système les lois 4 et 12 du Code de Justinien (4. 19) (1).

Mais on ne se rend pas compte qu'en invoquant ainsi l'équité en faveur du demandeur, on commet vis-à-vis du défendeur une iniquité au moins aussi choquante et l'on rend sa situation beaucoup plus désavantageuse que celle du demandeur, aussi, pour échapper à cette critique, a-t-on essayé de soutenir que le demandeur n'a pas à prouver la propriété de son auteur parce que l'ignorance où il se trouve relativement à cette propriété constitue une ignorance *facti alieni*, or c'est une maxime que *ignorantia facti alieni nemini nocet*. Cette opinion conduirait à cette conséquence absurde qu'il suffirait alors au demandeur de fonder son droit sur un fait qui ne lui est pas personnel pour échapper à toute justification.

On a alors raisonné, pour atteindre le même résultat, de la façon suivante :

¹ Conf. Pellat. *Principes généraux du Droit Romain sur la propriété*, p. 150 et suiv.

Dans la Publicienne, nous le verrons plus tard, le demandeur n'a pas à prouver que son auteur était bien propriétaire mais seulement qu'il a acquis de bonne foi *ex justa causa*. Or, dit-on, la revendication ne pouvait rien exiger de plus, car il n'y avait entre ces deux actions que des différences de forme, la *rei vindicatio* étant accordée lorsque la chose avait été acquise *jure civili* et la Publicienne lorsqu'elle avait été acquise par un mode du droit des gens.

La preuve à fournir quant au fond était la même dans l'une ou l'autre de ces actions. Le jour où toute différence disparût entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire, il n'y eût plus qu'une action unique exigeant seulement la preuve d'un juste titre, sauf pour l'adversaire le droit de prouver que ce titre n'était pas translatif de propriété.

Mais, pour repousser cette théorie, il suffit de remarquer que s'il en était ainsi, la création de l'*actio in rem Publiciana* semblerait bien superflue et l'on ne saurait guère expliquer à quels besoins elle correspondait⁽¹⁾

Reste donc le quatrième système, qui est celui auquel nous nous rallions et d'après lequel le demandeur doit fournir la preuve complète de son droit de propriété et, par conséquent, établir son droit et celui de son auteur lorsque le bien a été acquis d'après un mode dérivé.

Non seulement il lui faudra prouver que la chose a été transférée par l'un des modes prévus par le droit civil, mais il faudra encore établir que celui de qui il

¹ V. Pellat, *op. cit.*, p. 149.

la tient était lui-même propriétaire, qu'on n'a pas acquis *a non domino*. Mais comment prouver qu'il était propriétaire sinon en justifiant de nouveau et de son acquisition et du *dominium* de son propre auteur ; ce qui oblige théoriquement à remonter d'auteur en auteur jusqu'au premier occupant. *Probatio diabolica* a-t-on pu avec raison, qualifier par la suite cette preuve ! Pratiquement, cependant, on arrive, en remontant suffisamment, à se placer sous la protection de l'usucapion en ajoutant, suivant les besoins, à sa propre possession, celle de ses auteurs. Mais pour que l'usucapion pût être invoquée, encore fallait-il que la prise de possession ne fût pas entachée de violence, ou que la chose n'eût pas été volée par le revendiquant ou par l'un quelconque de ses auteurs. Or la preuve de ces faits négatifs est très difficile à fournir. De plus, à supposer toutes ces preuves faites, comment prouver que celui dont a acquis la chose était encore propriétaire au moment de l'aliénation dont on se prévaut, alors qu'il a pu se dépouiller par une aliénation antérieure restée secrète.

Pour échapper à cette difficulté, le demandeur recourait aux interdits, grâce auxquels il pouvait renverser les rôles, devenir défendeur et par conséquent faire retomber sur son adversaire le fardeau de la preuve (1).

¹ Interdits *uti possidetis* et *utrubi* pour se faire maintenir dans une possession contestée ou troublée, interdits *unde vi* pour se faire restituer une possession perdue par violence.

Toutefois l'interdit ne tranche que la question de la possession, non celle de la propriété, dont la preuve restait tout aussi difficile pour celui qui devait la fournir.

C'est à ces inconvénients que la Publicienne est venue remédier. Nous allons voir, en effet, qu'elle a rendu dans la plupart des cas, superflu l'emploi de la *rei vindicatio* et de la preuve difficile qu'elle entraîne.

Section II. — LA PUBLICIENNE.

Lorsqu'à côté du *dominium ex jure quiritium* aux formes rigides, devenues peu à peu inconciliables avec les besoins nouveaux de la vie juridique romaine, le prêteur eut créé l'institution plus souple, plus commode de la propriété prétorienne, de l'*in bonis* comme on l'appela par la suite, il dût nécessairement la sanctionner par une action nouvelle, l'action Publicienne, ainsi appelée du nom du prêteur Publicius qui l'introduisit dans le droit (1).

C'est qu'en effet, d'une part, le prêteur n'ayant aucun pouvoir législatif pour créer un droit nouveau, ne pouvait se servir que du seul instrument qu'il avait entre les mains, la formule qui, en traçant rigoureusement au juge la voie qu'il devait suivre, aboutissait né-

¹ On admet en général qu'il s'agit du prêteur Quintus Publicius contemporain de Cicéron, mais ce point est controversé. Ce qui semble aujourd'hui établi c'est que la Publicienne est postérieure à la loi Aebutia.

cessairement au but que le prêteur voulait atteindre. D'autre part, créer un droit nouveau sans le sanctionner eût été faire œuvre vaine : un droit dépourvu d'action pour le faire respecter est pratiquement sans valeur, n'est, a-t-on pu dire, plus un droit.

Pas plus que nous ne l'avons fait pour la *rei vindictio*, nous n'entendons entrer ici dans une étude approfondie de l'action Publicienne, il nous suffira d'examiner brièvement ce qu'était au juste la Publicienne, et quel en était le fonctionnement.

L'action Publicienne est une action fictive. Pour exercer, en effet, l'action en revendication proprement dite, il fallait être propriétaire quiritaire de la chose revendiquée, il fallait pouvoir employer la formule solennelle « *Aio hanc rem meam esse ex jure quiritorium* », ce que ne pouvait affirmer ni celui qui avait la chose *in bonis*, ni le possesseur de bonne foi qui n'avait pas encore usucapé.

Pour protéger ceux-ci et leur permettre de recouvrer la possession de la chose qui leur avait été enlevée, le prêteur eût recours à la formule suivante « *Judex esto, si quem hominem Aulus Agerius anno possediisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure Quiritium esse oporteret* (1).

Ainsi que sa formule l'indique, la Publicienne n'est donc autre chose qu'une revendication fondée sur la fiction que, au moment où il a perdu la possession de la chose qu'il revendique, le demandeur avait déjà ac-

¹ Gaïus, *Comm.* IV § 36.

compli l'usucapion qui n'était que commencée. Il s'en suit que, en dehors de la durée de la possession, c'est-à-dire d'une possession de deux ans pour les immeubles, et de un an pour les meubles (1) qui par hypothèse, n'est pas accomplie, et dont la Publicienne a justement pour but de dispenser de demandeur devra prouver qu'il réunissait les conditions requises pour l'usucapion que :

- 1°) la chose était susceptible d'usucapion (2) ;
- 2°) qu'elle lui avait été livrée *ex justa causa* ;
- 3°) qu'il était de *bonne foi* au moment de la prise de possession.

Bien que la question ait été controversée, nous pensons avec la majorité des auteurs que la tradition, ou d'une façon plus large, la prise de possession était exigée même dans le cas où le *modus acquirendi* pouvait transférer la propriété sans que l'on acquit la possession et inversement, qu'un fait matériel était toujours nécessaire, même s'il ne faisait pas acquérir la possession juridique. Par exemple si mon esclave en fuite reçoit tradition *ex justa causa*, j'aurai la Publicienne, bien que, d'après Pomponius, je n'aie pas acquis la

¹ Gaius, *Comm.* II § 41.

² Cependant la Publicienne pouvait être également exercée pour des choses non soumises à l'usucapion, notamment pour des servitudes personnelles ou prédiales, rurales ou urbaines. Il semble vraisemblablement que dans ce cas, l'action était une action untile donnée par extension, *ob utilitatem publicam*.

possession (1). Ainsi la Publicienne s'adaptait très aisément à son but qui était de protéger le propriétaire de fait, le propriétaire prétorien, contre ceux qui ne pouvaient lui opposer un droit meilleur.

Quant au juste titre, et à la bonne foi, la question de savoir s'il y avait là deux conditions distinctes, ou si elles se ramenaient l'une à l'autre, le juste titre n'étant qu'un élément de la bonne foi, a été fort discutée.

Mais qu'est-ce donc que le juste titre ? Le juste titre c'est « l'événement distinct du fait matériel de remise de la chose qui fait considérer la prise de possession en vue de la propriété comme justifiée et duquel les jurisconsultes ont tiré des sortes d'étiquettes servant à cataloguer les diverses causes d'usucapion (*pro emptore, pro donato, pro dote, pro legato, pro derelicto, pro suo*, etc.) (2)

La bonne foi est « une croyance erronée, une erreur, ici la croyance erronée de l'acquéreur qu'il acquiert dans des conditions propres à le rendre propriétaire, mais seulement à condition de porter sur l'ignorance d'un fait et non d'une règle de droit. Elle diffère du juste titre comme une opinion diffère d'un fait, et par suite même les règles de preuve sont différentes pour la bonne foi qui se présume jusqu'à preuve contraire et pour le juste titre qui doit se prouver » (3).

¹ Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne*, n° 135.

² Girard, *op .cit.*, 5ème édit. p. 306.

³ Girard, *Op. Cit.*, p. 306.

Les discussions longues et ardentes qui se sont produites autour de la question de l'unité ou de la dualité de ces conditions semblent, quand on les examine de pres, sans grand intérêt, car les deux opinions en présence diffèrent peut-être plus par les mots que par leurs résultats.

En effet, lorsqu'on soutient que seulement la bonne foi est requise, on admet, naturellement, que celui qui l'invoque doit en prouver l'existence, et qu'il ne peut le faire qu'en prouvant qu'il a acquis *ex justa causa*, *ex justus titulus*.

Pour ceux qui exigent la nécessité des deux conditions, celui qui les invoque n'a à prouver que la première, c'est-à-dire son juste titre, mais non sa bonne foi, qui, dit-on, se présume. La preuve de la mauvaise foi est à la charge de l'adversaire. Ainsi quelle que soit l'opinion soutenue, celui qui invoque l'usucapion, et partant, celui qui intente la Publicienne, doit prouver seulement la *justa causa*, cela, d'après certains auteurs, pour arriver à la preuve de la bonne foi, tandis que pour d'autres la bonne foi étant présumée, la preuve de la *justa causa*, est exigée pour elle-même.

Au fond, rechercher si la présomption de bonne foi découle de la *justa causa* ou si, au contraire, c'est une présomption ayant une existence indépendante, est pratiquement sans intérêt. Il nous semble cependant qu'il y a là deux conditions distinctes (v. notamment en ce sens Girard op. cit.; Cuq. *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, p. 286 ; May, *Eléments de*

Droit Romain, II^e édit., p. 218 et suiv. ; cf. Paul D. XII, 4, 2, 1. Contra, Appleton, *Op. Cit.*, n^o 162 et suiv.).

Ainsi, la Publicienne aboutissait à accorder à celui qui était en voie d'acquérir par usucapion une protection que le droit civil ne lui aurait accordée qu'au bout de deux ans (4).

Il peut paraître étrange que le prêteur ait cru devoir abrégé encore, en faveur du possesseur un délai aussi court, surtout si on le compare aux délais de dix, vingt ou trente ans auxquels nous sommes habitués. Mais il ne faut pas perdre de vue que la Publicienne n'a jamais pour but de dépouiller malgré lui le propriétaire contre lequel court l'usucapion, car, même lorsque les conditions que nous avons indiquées se trouvent réunies, la Publicienne peut ne pas réussir : elle peut, en effet être intentée dans l'une des trois hypothèses suivantes :

En premier lieu, il se peut que le demandeur à la Publicienne agisse contre quelqu'un qui n'est pas propriétaire civil ni même propriétaire prétorien, qui ne pourrait pas de son côté intenter la Publicienne, et, dans ce cas, le demandeur triomphera facilement du défendeur sans juste titre ni bonne foi. C'est l'hypothèse normale pour laquelle la Publicienne a été créée.

Mais, il peut se faire que le demandeur agisse contre le véritable propriétaire qui a perdu la possession, mais contre lequel cependant, par hypothèse, l'usucapion

¹ Ne nous occupant ici que de la propriété immobilière, nous faisons abstraction de la prescription de un an qui s'appliquait en matière mobilière.

n'est pas encore accomplie. Pour se défendre, celui-ci n'aura qu'à faire insérer dans la formule l'*exceptio justi dominii*, grâce à laquelle il l'emportera sur le demandeur à la Publicienne.

Cependant, si la chose avait été transférée à ce dernier par le véritable propriétaire lui-même, par exemple s'il avait reçu de celui-ci tradition d'une *res mancipi* et que l'*accipiens* ayant perdu la possession, la chose fut revenue entre les mains du *tradens*, il serait inique que ce dernier l'emportât grâce à l'*exceptio justi dominii*. C'est pourquoi le demandeur pourra faire insérer dans la formule la *replicatio rei venditæ et traditæ* qui paralysera l'effet de l'*exceptio justi dominii*.

Enfin, il se peut que le demandeur agisse contre quelqu'un qui aurait lui-même la Publicienne s'il venait à perdre la possession, c'est-à-dire qui a reçu la chose de bonne foi et en vertu d'un juste titre. Deux hypothèses différentes peuvent alors se présenter : ou bien le demandeur et le défenseur ont traité avec des auteurs différents, ou bien ils ont traité avec le même auteur. Dans le premier cas, les deux parties étant également intéressantes, à laquelle devra-t-on donner la préférence ? A celui qui est en possession, car « *in pari causa melior est causa possidentis* » nous disent Ulpien et Julien. (D. III. 2, 9, 4.) Dans le second cas, au contraire, c'est-à-dire, si les deux parties ont traité avec le même auteur, ce sera celui qui a reçu la tradition la plus ancienne, qui a été mis le premier en possession, qui sera préféré.

Cependant, un texte de Nératius (D. XIX, 1, 31, 2.) indique que cette dernière solution doit toujours s'appliquer que les parties aient ou non acquis du même auteur. Mais cette opinion qui, semble-t-il, a sa source dans les règles des anciennes *vindiciæ* dont la Publicienne découle (1) ne semble pas avoir prévalu. Elle est, en effet, bien qu'on ait soutenu le contraire, moins juridiquement satisfaisante que l'opinion de Julien et d'Ulpien.

A priori, il semble qu'on puisse soutenir avec quelque apparence de raison qu'il est plus logique de préférer toujours le détenteur actuel « *In pari causa potior causa possidentis* » ; cette parité ne semble nullement altérée par l'antériorité de l'une des deux traditions du moment que l'une et l'autre émanent également *a non domino*, l'antériorité n'a conféré aucun droit hors la possession, et la possession actuelle doit l'emporter sur la possession évanouie. Qu'importe d'ailleurs que les deux acquéreurs aient traité avec un même auteur ou avec des auteurs différents ? (2).

Cependant, lorsqu'on examine les choses de plus près on conçoit que dès le moment où il a reçu tradition, le premier acquéreur a, contre son vendeur qui revendique ou intente contre lui l'action Publicienne *l'exceptio rei venditæ et traditæ* ou la *replicatio rei venditæ et traditæ*, si agissant lui-même contre son vendeur rentré en possession, il se voyait opposé *l'exceptio justi dominii*.

¹ Appleton, *op. cit.*, n° 222.

² Bonjean, *Traité des Actions*, t. II, p. 148, § 282.

Or, cette exception ou cette réplique, peut toujours être opposée aussi bien au vendeur lui-même qu'à ses ayants-cause (1) parmi lesquels figure en premier lieu le second acquéreur.

Au contraire, quand les parties ne tiennent pas la chose du même auteur, le premier acheteur ne peut opposer cette exception au second. Le possesseur devra être préféré car l'usucapion qu'il est censé avoir accomplie est postérieure à celle que l'on suppose avoir été accomplie par le premier acquéreur, et doit donc l'emporter.

En somme, on peut dire que la Publicienne aboutissait à protéger l'ex-possesseur dans tous les cas où l'équité exigeait cette protection.

Après avoir ainsi sommairement indiqué les différentes applications de la Publicienne, il nous reste à faire quelques observations sur son utilité pratique.

En principe, nous l'avons vu, la Publicienne appartient à ceux qui n'ont pas la propriété quiritaire. C'est pour venir en aide au propriétaire prétorien dans les cas où il paraît particulièrement digne d'intérêt qu'elle a été créée. Cependant, il arriva assez rapidement que le propriétaire quiritaire lui-même recourut à la Publicienne, soit en l'invoquant subsidiairement à côté de la revendication, soit même en l'intentant seule et de préférence à cette dernière.

¹ D. XXI 3, 3, 1. *Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum jus, sive in eam duntaxat rem successerint.*

Il peut se faire, en effet, que celui qui, de bonne foi, se croit propriétaire quiritaire ne le soit pas et succombe dans sa revendication. Il pourra alors recourir à la Publicienne (1) et en principe triomphera puisque, par hypothèse, il a juste titre et bonne foi, et est *in via usucapiendi* : il n'a pu en effet, se croire propriétaire quiritaire qu'en vertu d'un titre susceptible de lui transférer cette propriété et dont il ignorait les vices et il a acquis depuis moins de deux ans, sinon, il aurait triomphé dans sa revendication. Il est donc *in via usucapiendi*.

Aussi le propriétaire quiritaire ne se contentera-t-il pas de la revendication, mais invoquera également la Publicienne afin de triompher, grâce à l'une ou l'autre des deux formules : « *protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit* » (2).

Mais il était encore beaucoup plus simple de se contenter d'intenter la Publicienne sans avoir recours à la revendication. Pour triompher dans celle-ci, en effet, il ne suffisait pas d'être propriétaire, il fallait surtout être en mesure de le prouver, or cette preuve, nous avons vu, est difficile et même dans bien des cas impossible (3). Pour y échapper, il n'y avait qu'à recou-

¹ D. 21, 2, 38 § 1. Si servus tuus emerit hominem, et eundem vendiderit Titio, ejusque nomine duplam promiserit, et tu a venditore servi stipulatus fueris: Si Titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publiciana actio et propter hoc duplem stipulatio ei non committetur.

² Ulpien, 43, 3, 2 bis, 1, § 4.

³ V. *supra*, p. 16.

rir à la Publicienne. Si, en effet, la formule de la Publicienne une fois délivrée, le défendeur invoque l'*exceptio justi dominii*, ce sera à lui à faire la preuve de sa propriété. S'il invoque, non pas l'*exceptio justi dominii*, mais celle d'une Publicienne égale, le demandeur pourra la repousser, nous l'avons vu, par la réplique *rei venditæ et traditæ*.

Par conséquent, on conçoit que, de bonne heure, la *revendicatio* ait été délaissée pour la Publicienne, et cela d'autant plus que sous Justinien, il faut, non plus deux ans, mais dix à vingt ans pour assurer la prescription, ce qui rendait la preuve de la propriété bien plus difficile.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que dans la *rei vindicatio* le demandeur prétendait à la propriété de la chose (*intendere rem suam esse*), il devait donc établir cette propriété prouver le bien-fondé de son affirmation : « *Añõ hanc rem meam esse ex Jure Quiritium* ».

Dans la Publicienne au contraire, nous l'avons vu et nous ne saurions trop le répéter, le demandeur prétend, non pas que la chose lui appartient, mais qu'elle lui appartiendrait si les délais requis pour l'usucapion étaient écoulés. Il prouve qu'il a acquis la chose de bonne foi, mais par hypothèse même n'aura jamais à prouver sa propriété, puisque à défaut de tous autres, il invoque en recourant à une fiction, le mode dérivé d'acquisition de la propriété qu'est l'usucapion.

Théoriquement donc, ces deux actions diffèrent. Théoriquement la *rei vindicatio* est préférable car la preuve difficile de la propriété une fois faite, le droit du 3

propriétaire ne pourra plus être contesté ni par son adversaire ni par d'autres.

Mais, pratiquement, la Publicienne était d'un usage bien plus commode, car la preuve qu'elle exige d'une prise de possession en vertu d'un juste titre et de bonne foi n'offre pas de sérieuses difficultés. Sans doute son résultat est moins absolu, en ce sens que le demandeur ayant triomphé sans prouver son droit de propriété, pourra échouer ensuite contre un autre adversaire, mais cependant, surtout au Bas-Empire, elle dût être préférée à cause des facilités de preuve qu'elle donnait. La preuve de la propriété est, en effet, d'autant plus difficile que les délais d'usucapion sont plus longs. La prescription de dix à vingt ans admise, il semble assez naturel de penser que la *rei vindicatio* fit de plus en plus place à la Publicienne (1).

C'est à celle-ci que l'on a presque exclusivement recours à la fin du droit romain, et c'est également, nous le verrons, des principes de la Publicienne romaine et non de ceux de la *rei vindicatio* que l'on s'inspira dans notre ancien droit pour résoudre les difficultés qui pouvaient se présenter en matière de preuve de la propriété immobilière.

¹ En ce sens Appleton, *op. cit.*, t. II § 228 à 230, p. 38 et s.; *Contrà*. Cuq., *op. cit.* p. 307; Girard, *op. cit.*, 5ème édit., p. 334 et suiv.

CHAPITRE II.

L'ancien Droit.

Ce n'est guère qu'à l'époque Carolingienne qu'il est dans les textes question des actions immobilières. La loi salique, en effet, chose curieuse, ne traite que de la revendication des meubles. Sous les Carolingiens, toutefois, si les actions réelles immobilières sont très nombreuses, «elles n'ont pas encore pris cette forme si nette et si précise qu'on leur reconnaît dans le Droit Romain. Cette particularité tient à ce que, dans les *Leges*, comme, dans toutes les législations primitives, l'action apparaît sous la forme d'une réclamation à raison d'un tort injustement éprouvé. Cette forme n'est pas favorable à la division des actions en réelles ou personnelles, elle tend au contraire à les confondre toutes dans la seconde classe. La propriété est, en d'autres termes, bien moins protégée par les actions qui s'y réfèrent directement que par des actions personnelles naissant des injustices commises envers les biens meubles ou immeubles. Ainsi s'explique-t-on que la théorie des actions réelles naisse et se constitue longtemps après la formation du droit de propriété.

Il est probable que le droit de propriété foncière existait déjà au temps de la loi salique, et cependant, on

chercherait en vain dans cette loi la véritable action réelle en revendication des immeubles, tandis qu'on y rencontre une foule de dispositions destinées à réprimer les atteintes injustes portées à ces mêmes biens. A l'époque carolingienne, les actions immobilières sont encore dirigées, d'après les termes des capitulaires, contre celui, *qui malo ordine invasit, qui injuste tenet, qui contra legem tenet* » (1).

C'est alors au défendeur à se justifier en prouvant son droit sur le bien revendiqué (*terra propria mea est per successionem patris mei*).

Néanmoins, la distinction se fit d'assez bonne heure. L'action réelle *causa proprietatis* ou *cas pétitoire* suit alors des règles particulières, elle peut être intentée en tout temps, la propriété ne se perd pas par le non usage à la différence des droits réels. Elle suppose que le propriétaire fait la preuve de son droit, pour cela il invoquera d'ordinaire l'usucapion, à défaut, il produira un titre et celui-ci, au moins s'il est antérieur à la possession, lui permettra de l'emporter sur le possesseur, car s'il ne constitue pas une preuve absolue c'est une présomption très forte en sa faveur (2).

A l'époque franque, l'avantage principal de la possession est de permettre au possesseur de jouer le rôle de défendeur dans le procès en revendication. Il l'emportait alors sur son adversaire non pas précisément en raison de sa possession mais à raison des principes par-

¹ Glasson, *Institutions de la France*, t. III p. 437.

² Brissaud, *Manuel d'Histoire du Droit privé*, p. 1, 217.

ticiliers de la théorie des preuves ; il lui suffisait pour gagner son procès de jurer que sa détention était juste (1).

Il ne faudrait cependant pas croire que cela revenait à dire que le défendeur en possession triomphait toujours : à cette époque religieuse, la crainte de faire un faux serment devait retenir le possesseur qui n'était pas sûr de son droit. La preuve de celui-ci était facilitée, mais elle était toujours à la charge du défendeur ; on ne peut pas plus dire qu'il était dispensé de la preuve qu'on ne le soutiendrait aujourd'hui pour le plaideur qui affirme sous serment le bien-fondé de sa prétention.

A l'époque féodale, il ne semble pas s'être opéré de changements importants : la possession a surtout pour avantage de donner au possesseur une situation meilleure dans le procès pétitoire. Le principe est nettement indiqué dans le Grand Coutumier de France : « En toutes saisines, le possesseur est de meilleure condition, car jà soit ce qu'il soit moins fondé selon droit, ou qu'il n'ait que possession encores telle quelle toutesfois se le demandeur son adversaire ne prouve son droit, la saisine sera adjudgée au possesseur » (2).

Si le principe resta le même, c'est-à-dire si la possession dispensait de la preuve de la propriété, il se produisit à la fin du XII^e siècle une modification importante dans la façon d'entendre cette possession. Pour qu'elle pût être invoquée en matière pétitoire, on exi-

¹ Brissaud, *op. cit.*, p. 1230.

² *Gr. C. de Fr.*, II, 19, p. 232.

gea, en effet, qu'elle eût duré un certain temps : on opposa la possession annale, ou saisine à la possession simple ou détention.

Ainsi, il y eut trois degrés que l'on franchissait nécessairement par l'expiration d'un certain laps de temps : d'abord la simple possession sans valeur au point de vue qui nous occupe, puis, lorsqu'elle a duré un an, cette possession se transforme en saisine et peut alors être invoquée dans le procès pétitoire pour faire supporter à l'adversaire le fardeau de la preuve, — enfin lorsqu'elle a duré plus longtemps, la possession conduit à la propriété.

Ainsi, la saisine crée une présomption de propriété qui doit être détruite par la preuve contraire faite par l'adversaire (1). Mais la possession ne peut être invoquée comme preuve absolue de la propriété que lorsque elle a duré plus longtemps, c'est-à-dire lorsque la propriété a été prescrite.

La prescription acquisitive inconnue d'abord du droit germanique s'introduisit dans le droit barbare à la faveur des lois romaines auxquelles le droit canon donna

¹ « Ja soit que le droit de possession et de saisine n'é-
« taient point de différence expresse, toutesfois... posses-
« sion se peut acquérir par occuper seulement, et par icel-
« le possession continuée non vi non clam nec precario, la
« saisine est acquise par an et jour. Saisine est réputée
« juste de soy, propter temporis admiculum, mais posses-
« sion non... Si je me allegue saisi par an et jour l'en
« *présuamera pour moy*, tellement que pendant le plaît, la
« chose ne sera point mise en la main du Roy, mais de-
« mourra à mon prouffit.» *Gr. C. de Fr.* p. 232.

une nouvelle force. Au XIII^e siècle la longue prescription romaine peut seule être invoquée pour prouver la propriété que le délai d'un an ne suffit plus à faire acquérir. Un délai aussi court pouvait en effet convenir « à une société barbare où l'on a besoin d'une prompte réglementation, où l'on ne possède qu'un système de preuve grossier, il convient aussi à une société très civilisée, où les droits de chacun sont assez bien garantis pour que les usurpations soient peu à craindre ; — l'ancien régime ne pouvant organiser la propriété foncière sur les bases perfectionnées du droit moderne, la protégea du moins par la longue durée de la prescription » (1).

Pour acquérir la propriété, le possesseur devait, toutefois, être de bonne foi aussi bien au moment de la prise de possession que pendant toute la durée de celle-ci. Le droit était sur ce point d'accord avec l'idée populaire que « cent ans d'injustice ne font pas une année de droit ». Cette règle *Possessor malæ fidei ullo tempore non præscribit* qui était absolue en droit canon semble avoir été admise pendant un certain temps : on la trouve indiquée dans le Grand Coutumier de France (2) et Loysel pose également la maxime « Possesseur de malle foi ne peut prescrire ».

Toutefois, on ne tarda pas à distinguer la prescription de dix et vingt ans pour laquelle il fallait juste titre et bonne foi et la prescription de trente ans pour la-

¹ Brissaud, *op. cit.*, p. 1263.

² *Gr. C. de Fr.* p. 198.

quelle ni l'une ni l'autre de ces conditions n'était exigée, du moins suivant l'opinion généralement admise.

Ainsi pour établir sa propriété il suffisait de prouver que l'on avait possédé pendant trente ans, ou seulement pendant vingt ans avec juste titre et bonne foi. Bien entendu, lorsque ni l'une ni l'autre des deux parties ne pouvait invoquer la prescription, elles pouvaient fournir à l'appui de leur demande leurs titres d'acquisition et ceux de leur auteur.

En ce qui concerne la preuve par titre, il semble que l'ancien droit ait traversé plusieurs phases : Le transfert de la propriété se faisait à l'époque franque par tradition, laquelle comprenait l'investiture publique, d'abord réelle puis symbolique, ce qui avait l'avantage de faciliter énormément la preuve de l'acquisition et de donner à l'acquéreur une situation sûre.

La transformation du régime de la propriété foncière qui caractérise la féodalité a eu son contre-coup sur les modes d'aliénation et, partant, sur la preuve à faire au cas de revendication. Qu'il s'agisse d'un fief ou d'uneensive, l'aliénation s'opère par dessaine-saisine ou par vest et dévest. Dans les deux cas, le fonds est censé faire retour au seigneur qui est investi ensuite le nouvel acquéreur.

Lorsqu'on avait, par la suite, à prouver l'investiture, on recourait primitivement au témoignage des *pares curiæ*, c'est-à-dire de covassaux en présence desquels l'investiture avait eu lieu, ou a un *publicum instrumentum a duobus paribus confirmatum*. De bonne heure, en effet, on constata l'investiture par un acte écrit. On sait,

d'ailleurs que les droits seigneuriaux étaient constatés fréquemment sur des *Papiers terriers* (1).

Il semble bien qu'à l'origine le seigneur reprenait le bien libre de tous droits et, par conséquent, les aliénations faites par le vassal ou le censitaire ne lui étaient pas opposables. Mais il pouvait se faire que l'aliénateur ne fût qu'un propriétaire apparent. L'acquéreur qui avait alors acquis *a non domino* puisait-il dans l'ensaisinement un droit opposable au *verus dominus* ? En d'autres termes suffisait-il pour repousser l'action du revendiquant, d'invoquer et de prouver l'investiture ?

Il semble qu'il en ait été ainsi dans le droit féodal primitif (2). La Cour féodale, en effet, examinait les conditions de fond de l'aliénation, s'assurait du bien fondé des droits du disposant. On comprend que dans ces conditions, l'ensaisinement ait eu pour conséquences d'effacer les droits des tiers même s'ils n'étaient pas présents.

Toutefois, le rôle du seigneur et de sa Cour se borna assez rapidement à n'être plus qu'une formalité « ils se contentèrent d'apprécier la régularité apparente de l'acte, laissant à la tenure d'an et jour le soin d'effacer rapidement les prétentions des tiers aussi bien que celles des ayants-cause de l'aliénateur ou celles de sa famille » (3). Le seigneur investissait alors *sauf tous droits* et l'investiture ne suffisait plus dès lors à faire acquérir la propriété.

¹ V. Brissaud, *op. cit.* p. 311.

² *Cout. d'Artois*, t. 23., Beaumanoir, 51, 18

³ Brissaud, *op. cit.*, p. 1289.

A l'époque monarchique des vestiges du système féodal relatif au transfert de la propriété se retrouvent, encore que très déformés, dans les pays de nantissement. L'investiture et l'ensaisinement, destinés surtout à l'origine à assurer au seigneur le paiement de ses droits, n'eurent plus alors pour but que de donner aux transferts de propriété la publicité et l'authenticité qu'exigeaient les aliénations plus nombreuses. Cependant, si le nantissement créait au profit de l'acquéreur nanti un droit opposable aux tiers, il ne le mettait pas à l'abri de la revendication du *verus dominus* ; il ne créait pas plus de droit que n'en crée aujourd'hui la transcription.

Tout autre était l'effet des appropriances par bannies bretonnes (1). Elles avaient pour résultat de consolider l'acquisition en la rendant à peu près inattaquable : Les intéressés *présents*, on entendait par là ceux qui se trouvaient en Bretagne, devaient, dans les huit jours après la dernière bannie, former opposition ; passé ce délai, ils étaient forclos. Quant aux *absents*, ils n'étaient exclus que par la tenure d'an et jour de la part de l'acquéreur. Ainsi l'acquéreur devenait propriétaire quoique le vendeur ne le fût pas. C'est là quelque chose d'analogue au système des livres fonciers et qui présentait le même avantage important de prévenir les procès et de dispenser l'acquéreur d'une enquête souvent difficile sur les droits de son auteur.

Quoi qu'il en soit, si ce système subsista en Bretagne

¹ V. Brissaud, *op. cit.*, p. 1296.

jusqu'à la Révolution, ou plus exactement jusqu'à la loi du 9 Messidor de l'an III, il ne s'étendit pas au reste de la France.

Au seizième siècle, la formalité de dessaisine-saisine n'est plus exigée en fait. On se contente d'insérer dans l'acte translatif de propriété qui est rédigé devant notaires, une clause affirmant que ces formalités ont eu lieu. « Dessaisine et saisine, nous dit Loysel, faites en présence de notaires et de témoins vaut et équipolle à tradition et délivrance de possession ». La clause devint de style dans tous les actes constatant un transfert de propriété.

La mise en possession n'est donc plus nécessaire. « On arriva pour la plus grande partie de la France à un système uniforme de tradition feinte, d'où est issue la règle plus simple du Code Civil, à savoir que la propriété se transmet par le seul consentement » (1).

Sans doute, une pareille thèse n'était pas sans danger pour les tiers qui n'étaient jamais sûrs de traiter avec le véritable propriétaire puisqu'une aliénation occulte avait pu faire passer la propriété sur la tête d'un autre que le propriétaire apparent. Néanmoins, cet inconvénient était, semble-t-il, plus théorique que pratique, grâce à l'intervention des notaires auxquels on avait recours aussi bien pour des aliénations que pour les constitutions d'hypothèques et aussi grâce aux ordonnances ou Edits royaux qui luttèrent de plus en plus contre la transmission occulte des droits réels.

¹ Brissaud, *op. cit.*, p. 1308.

Sans parler de l'ordonnance de Villers-Cotteret de 1539, dont l'art. 132 prescrivait à peine de nullité l'insinuation des donations au greffe des juridictions royales, il convient de citer un certain nombre d'Edits qui établirent en matière de transmissions immobilières, un système de publicité dont le droit révolutionnaire s'inspira largement.

C'est ainsi que l'Edit du 3 mai 1553 décida que la propriété ou les droits réels ne pourraient être acquis que s'il y avait eu insinuation de la vente ou de l'acte y relatif — mais, malheureusement, cet édit resta lettre morte.

L'Edit de décembre 1703 connu sous le nom d'Edit des Insinuations Laïques, et celui d'Octobre 1705 eurent plus de succès. Ils ordonnent d'insinuer non seulement les donations « mais tous les contrats et actes dont le public a intérêt à avoir connaissance et en particulier les actes translatifs de propriété. Tous ces actes ne pouvaient être signifiés, produits en justice, utilisés pour passer d'autres actes, et, en général, pour en faire un usage public, qu'à la condition d'avoir été insinués ; sans l'insinuation ils n'avaient aucun effet en justice ou autrement » (1).

Toutefois, l'insinuation n'avait, par elle-même, aucun effet translatif et ne créait pas plus de droit au profit de l'acquéreur que n'en crée notre transcription moderne.

¹ Brissaud, *op. cit.*, p. 1310.

Aussi s'explique-t-on que la question de la preuve de la propriété immobilière se posa déjà, mais d'une façon plus aigue dans les mêmes termes qu'elle se se pose aujourd'hui: alors que les aliénations devenaient de plus en plus fréquentes, il ne suffisait plus pour établir son droit de prouver qu'on avait acquis régulièrement, il fallait établir que celui avec qui on avait traité était bien le *verus dominus*, recourir à la prescription ou au moins à des modes de preuve suffisamment probants pour annihiler l'effet de ceux invoqués par l'adversaire.

Ainsi s'explique que, alors que chez les auteurs antérieurs la question de la preuve de la propriété immobilière ait été, sinon passée sous silence, du moins traitée seulement d'une façon secondaire, Pothier, au contraire, puisant il est vrai en grande partie dans le droit romain, établit les règles devant régir cette matière de telle façon que de nos jours encore c'est dans son *Traité du Droit du Domaine de Propriété* que l'on va, en général, chercher les principes directeurs de cette théorie délicate.

L'opinion de Pothier a été si souvent invoquée, tant par les auteurs que par la jurisprudence, que nous croyons utile, quelque fastidieux que cela puisse paraître, de reproduire ici les termes mêmes dans lesquels il nous expose les règles à suivre en notre matière (1).

« Le demandeur en revendication pour qu'il puisse

¹ Pothier, *Traité du Droit du Domaine de Propriété*, n° 323 et suiv.

obtenir en sa demande, est obligé de la fonder par le rapport de quelque titre de propriété de l'héritage ou de la rente qu'il revendique. On appelle titre de propriété tous les titres qui sont de nature à faire passer d'une personne à une autre la propriété d'une chose, *causæ idoneæ ad transferendum dominium*.

« Par exemple, un contrat de vente de l'héritage ou de la rente revendiquée faite au demandeur ou à celui de qui il justifie être le successeur, avant que le possesseur contre qui la demande est donnée, eût commencé de posséder cette chose est un titre qui peut servir à fonder la demande du demandeur.

« Il en est de même d'un contrat d'échange ou de bail à renté, ou de donation ; il en est de même d'un acte par lequel la chose revendiquée aurait été donnée en paiement au demandeur en revendication ou à son auteur ; et il en est de même d'un acte par lequel le demandeur ou son auteur aurait été saisi d'un legs qui lui aurait été fait de cette chose.

« Un acte de partage par lequel il paraît que la chose revendiquée est échue au demandeur de la succession de quelqu'un de ses parents, est aussi un titre qui peut servir à fonder sa demande.

« Lorsque le possesseur contre qui la demande est donnée établit que sa possession est antérieure au titre que je produis pour fonder ma demande en revendication, quoiqu'il ne rapporte d'ailleurs, de son côté, aucuns titres ; ce titre que je produis n'est pas seul suffisant pour fonder ma demande à moins que je ne produise d'autres titres plus anciens qui justifient que

celui qui, par le contrat que je produis, m'a vendu ou donné l'héritage qui fait l'objet de la demande en revendication, en était effectivement le propriétaire, car je ne peux pas me faire un titre en me faisant passer une vente ou une donation d'un héritage que vous possédez, par une personne qui ne le possède pas; vous êtes par votre seule qualité de possesseur, présumé être le propriétaire de l'héritage plutôt que celui qui me l'a vendu, qui ne le possédait pas et du droit duquel on ne peut rien justifier.

« Mais lorsque le titre que le demandeur en revendication produit est antérieur à la possession de celui contre qui la demande est donnée, lequel, de son côté, n'en produit aucun, ce titre est seul suffisant pour fonder sa demande. Celui qui, par ce titre a vendu ou donné au demandeur, ou à l'auteur du demandeur l'héritage revendiqué, est suffisamment présumé en avoir été le possesseur et le propriétaire et lui en avoir fait passer la possession et la propriété.

« Il y a plus : quand même il serait constant que celui qui, par le titre que je produis, m'a vendu ou donné l'héritage que je revendique, n'en eût pas été le propriétaire, si je l'ai acquis de bonne foi, ayant eu sujet de croire, que celui qui me vendait ou me donnait cet héritage dont je le voyais en possession en était le propriétaire, ce titre sera seul suffisant pour fonder ma demande en revendication contre le possesseur qui ne rapporte, de son côté, aucun titre. Il est vrai que je ne suis pas véritablement propriétaire de la chose que je revendique, celui qui me l'a vendue ou donnée n'ayant

pas pu me transférer un droit de propriété qu'il n'avait pas lui-même, et qu'en conséquence, je ne peux avoir *actionem in rem directam*, mais j'ai *actionem in rem utilem seu publicianam*, que celui qui a perdu la possession d'une chose qu'il possédait de bonne foi, a contre celui qui possédait sans titre, comme nous l'avons vu *supra* n. 292 (1).

« Lorsque le demandeur en revendication et le possesseur contre qui l'action est donnée, produisent chacun de part et d'autre, un titre d'acquisition, ou ils ont acquis l'un et l'autre de la même personne, ou ils ont acquis de différentes personnes.

« Au premier cas, lorsque le demandeur et le possesseur produisent chacun de leur côté, un titre d'acqui-

¹ Pothier, *op. cit.*, n° 292 : « Quoique régulièrement l'action en revendication d'un chose n'appartienne qu'à celui qui en est propriétaire, on l'accorde néanmoins quelquefois à celui qui n'en est pas le propriétaire, mais qui était en chemin de le devenir lorsqu'il en a perdu la possession. Car si celui qui possédait de bonne foi, en vertu d'un juste titre, une chose dont il n'était pas propriétaire, en a perdu la possession avant l'accomplissement du temps requis pour la prescription, il est reçu, quoiqu'il ne soit pas propriétaire de cette chose, à la revendiquer par l'action de revendication contre ceux qui se trouvent la posséder sans titre.

« Cette action est celle qui est appelée en droit *actio publiciana*, elle est fondée sur l'équité, qui veut que celui qui était le juste possesseur d'une chose et qui, quoiqu'il n'en fut pas encore le propriétaire, était en chemin de le devenir, soit préféré pour avoir cette chose lorsqu'il en a perdu la possession, à un usurpateur qui s'en est mis injustement en possession. »

tion de l'héritage qu'ils ont fait l'un et l'autre de la même personne, quand même il ne serait pas établi que cette personne de qui ils prétendent avoir acquis, l'un et l'autre, l'héritage, en eût été le propriétaire, elle est présumée l'avoir été, et celui qui a été mis le premier par elle en possession de l'héritage qui a fait l'objet de l'action en revendication doit être réputé avoir acquis d'elle la propriété de l'héritage et obtenir sur l'action en revendication. D. 6. II. 9 § 4.

« Au second cas, lorsque, tant le demandeur que le défendeur, produisent chacun de leur côté un titre d'acquisition qu'ils ont faite de personnes différentes sans que l'un puisse établir plus que l'autre que la personne de qui il a acquis, fut le propriétaire de l'héritage, les Proculéïens pensaient même dans ce cas qu'on devait pareillement préférer celui qui avait le titre le plus ancien et avait été mis le premier en possession de l'héritage comme nous l'apprenons de Nératius qui était de cette école. D. 19. I. 31 § 2.

« L'opinion contraire des Sabinieniens qui décident en ce cas pour celui qui se trouve en possession de l'héritage a prévalu. C'est ce que nous apprenons de la loi 9 § 4 ff. *de publ. in rem act.*, ci-dessus citée, où Ulpien rapporte le sentiment de Julien : *Si ab eodem non domino emerint potior cui priori res tradita est, si a diversis non donimis melior causa possidentis*, et Ulpien ajoute : *quæ sententia vera est*. Cette décision est fondée sur cette règle : *In pari causa, causa melior possidentis*. »

Ainsi, d'après Pothier, tout se ramène à un conflit 4

soit entre titre et possession, et dans ce cas le plus ancien l'emporte, soit entre deux titres, dans ce cas, le premier acquéreur triomphe si les titres émanent du même auteur, c'est le possesseur qui obtient gain de cause quand les titres émanent d'auteurs différents. En outre, nous dit Pothier, l'acquéreur de bonne foi, à non domimo, a l'action Publicienne.

Que sont devenues ces règles sous l'empire du Code Civil, c'est ce qu'il nous faut maintenant rechercher.

DEUXIÈME PARTIE.

La Jurisprudence.

Nous avons déjà vu (1) que le Code Civil est muet sur la question qui nous intéresse de la preuve de la propriété immobilière. Le législateur de 1804 a-t-il entendu par là s'en tenir aux règles suivies dans l'Ancien droit et indiquées par Pothier ? A-t-il voulu qu'on applique en matière de propriété immobilière les principes qu'il pose dans les articles 1315 et suivants relatifs à la preuve des obligations ? Son silence n'est-il que le résultat d'un oubli ? Chacune de ces hypothèses peut aussi bien être soutenue. Nous ne nous en embarrasserons pas, quant à nous, car, si au lendemain de la promulgation du Code, la question aurait pu présenter quelque intérêt, elle n'en a plus aucun aujourd'hui.

Ce n'est pas, en effet, sur une interprétation plus ou moins tendancieuse de la volonté présumée du législateur qu'il convient actuellement de se baser, mais sur

¹ *Suprà*, p. 2 et s.

les solutions consacrées par une jurisprudence de près d'un siècle.

Lorsque la question de la preuve de la propriété immobilière s'est posée devant les Tribunaux, ceux-ci malgré le silence du Code, et conformément à l'article 4 du Code Civil, durent néanmoins statuer sur les espèces qui leur étaient soumises. D'abord hésitante, la Jurisprudence se borne, semble-t-il à considérer les faits, choisissant entre les deux parties celle qui, *en fait*, semble devoir l'emporter. Ce n'est que dans la seconde moitié du dix-neuvième siècle qu'elle dégage, et ce, assez nettement, les principes sur lesquels elle va dès lors asseoir ses décisions.

Quels sont ces principes? Les solutions admises par la Jurisprudence sont-elles à l'abri de toute critique? Peut-on dégager une théorie d'ensemble, une théorie juridique des diverses décisions des tribunaux? Telles sont les questions qu'il nous va falloir examiner.

Mais, auparavant, il importe d'indiquer que ces décisions ne doivent pas être considérées comme arbitraires en ce sens que le juge statuerait dans chaque espèce selon son sentiment et sans avoir à se soumettre à des règles juridiques. S'il en était ainsi, le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation ne se comprendrait pas, or, il est au contraire à remarquer que la grande majorité des arrêts recueillis sont des arrêts de la Cour suprême, ce qui permet de dire que celle-ci entend, et a toujours entendu faire de la question de la preuve de la

propriété immobilière une question de droit et non une question de pur fait.

D'après la Jurisprudence, lorsqu'aucune des parties ne peut établir qu'elle a usucapé l'immeuble dont il s'agit et que, par là même, conformément à l'article 712 du Code Civil, elle en a acquis la propriété, elles peuvent néanmoins appuyer leur prétention soit sur un titre, soit sur une possession prolongée, soit même sur de simples présomptions.

Nous examinerons successivement ces différents modes de preuve, mais pour mieux limiter notre sujet, nous allons d'abord rechercher comment en fait se pose la question de la preuve de la propriété immobilière, c'est-à-dire qu'elle est, dans l'instance en revendication la situation respective des parties en présence.

CHAPITRE I

Situation des Parties.

L'action en revendication, on le conçoit aisément, est intentée par le propriétaire, ou plus exactement par celui qui se dit propriétaire, contre celui qui prétendant ou non au même titre détient le bien illégitimement.

D'après Pothier «le propriétaire qui a perdu la possession d'une chose doit donner l'action de revendication contre celui qu'il trouve en possession de cette chose».

Mais c'est là, nous semble-t-il être trop restrictif aussi bien quant à la personne du demandeur qu'en ce qui concerne le défendeur. Nous verrons, en effet, par la suite, qu'il peut se faire que le demandeur n'ait pas perdu la possession et qu'il soit néanmoins obligé d'agir contre un tiers qui accomplit également sur l'immeuble des actes de possession. La question est alors de savoir laquelle de ces deux possessions doit être préférée. Nous retrouverons cette question plus loin¹.

Il peut même se faire que le demandeur seul ait la possession, celle du défendeur n'étant pas, par exemple suffisamment caractérisée (Cass. 4 déc. 1901, S.1904 1.172). Dans ces cas, il est évident, cependant, que le de-

¹ Voir *Infra*, p. 53 et s.

mandeur, bien qu'étant en possession, peut avoir intérêt à revendiquer l'immeuble et il aura certainement le droit de le faire alors que la formule employée par Pothier semblerait le lui interdire.

De même, dire que l'action est intentée contre « celui qui se trouve en possession de la chose » semble trop restrictif, car on peut revendiquer non seulement contre tout possesseur, mais aussi contre tout détenteur, même contre celui qui détient le fonds au nom d'un autre.

Cette question, très controversée en droit romain (1) n'est plus discutée aujourd'hui. Cependant, il est certain qu'à s'en tenir à la rigueur des principes, la revendication ne devrait pas être possible contre un simple détenteur qui ne prétend nullement à la propriété de la chose et ne peut pratiquement se défendre comme le ferait celui au nom duquel il détient l'immeuble litigieux, et qui est le vrai possesseur.

Néanmoins, on admet sans difficultés, comme le faisait l'ancien droit, en conciliant ainsi l'équité avec les principes, qu'on peut valablement actionner tout détenteur, car il est évident qu'on ne saurait exiger du revendiquant qu'il recherchât à quel titre celui contre lequel il agit détient l'immeuble, d'autant plus qu'il lui est impossible, en fait aussi bien qu'en droit, de le savoir.

Cependant, si le défendeur déclarait ne posséder que

¹ D. VI, 1, 9. D'après Ulpien, et contrairement à l'opinion des Proculiens, l'action est donnée contre tous ceux qui possèdent une chose, que ce soit en leur propre nom ou au nom d'autrui.

pour le compte d'un tiers qu'il indiquerait, le revendeur devrait mettre ce tiers en cause, et c'est alors pratiquement contre ce dernier qu'il exercerait son action.

Ainsi donc, on voit quelles sont les deux parties en présence, d'une part le demandeur qui se prétend propriétaire, qu'il soit ou non en possession, d'autre part le défendeur, simple détenteur ou possesseur qui ne veut pas reconnaître le droit de son adversaire (1).

Quel va donc être dans l'instance engagée, le rôle de chacune de ces parties ?

En ce qui concerne le demandeur, par simple application de la règle *actori incumbit probatio*, il est bien certain qu'il lui appartient de justifier du fondement de sa demande, c'est-à-dire en principe et sous réserve de ce que nous dirons plus loin (2) qu'il est propriétaire. De nombreux arrêts sont en ce sens et repoussent l'action du demandeur lorsqu'il ne fait pas cette preuve (3).

¹ Il importe de remarquer que le demandeur pourrait également agir au possessoire. Il y aurait même intérêt en ce sens que la preuve serait pour lui beaucoup plus facile puisqu'il n'aurait qu'à établir qu'il a possédé pendant le temps requis (V. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 1000 et s.). Mais il se peut qu'il ne puisse ou ne veuille intenter l'action possessoire soit parce qu'il n'est pas dans le délai voulu, soit parce qu'il préfère faire trancher tout de suite la question de propriété. Il agira alors au pétitoire en intentant l'action en revendication.

² V. *Infra*, p. 120 et s.

³ V. *not.* Req. 14 février 1831, D. Rép., V° *Preuve*, n° 20; 22 nov. 1847, S. 48, 1, 24; D.P. 47, 1, 378; 20 avril 1868, S. 68, 1, 269, D.P. 69, 1, 85; Bordeaux, 14 juin 1877, S. 79, 2, 324, D.P. 79, 2, 56; Req. 26 mars 1879, D.P. 81, 1, 83; 10 juillet

Il ne suffirait pas au demandeur de prouver les vices de la propriété ou de la possession du défendeur : prouver le mauvais droit de son adversaire n'équivaut pas à prouver son propre droit.

Inversement, le défendeur n'a, en principe, aucune justification à fournir, au moins tant que le revendiquant n'a pas établi son droit. Cette situation privilégiée résulterait, d'après certains auteurs, du fait que le défendeur est en possession. — Il serait alors présumé propriétaire parce que, en général, la propriété et la possession sont réunies sur la même tête, et qu'en présence de l'une on peut tout naturellement présumer l'autre. Le possesseur n'a donc rien à prouver, rien à dire, *Beati possidentis* !

Nous n'entendons pas discuter, quant à présent, la question de savoir si la possession crée ou non une présomption de propriété d'autant plus que le défendeur n'a, à notre avis, aucunement besoin de s'abriter derrière une présomption quelconque ; la preuve en est que le demandeur succomberait également, nous l'avons vu, si, sans justifier de son propre droit, il se bornait à établir que le défendeur est sans aucun droit (1). Ce n'est donc pas dans une présomption de propriété mais bien dans la simple application de la règle *actori incumbit*

1889, D.P. 90, 1, 416; 1er juillet 1890, D.P. 91, 1, 432; Limoges, 29 juillet 1891, D.P. 92, 2, 406; Montpellier, 17 avril 1893, D. P. 94, 2, 329; Amiens, 13 juin 1895, D.P. 96, 2, 124; Besançon, 8 avril 1903, D.P. 1903, 2, 483; Req. 21 janvier 1907, S. 1908, 1, 388.

¹ V. Agen 29 juin 1896, D.P. 96, 2, 454; Paris, 2 déc. 1898, sous Req. 3 janvier 1901, D.P. 1901, 1, 346.

probatio qu'il faut voir le fondement de l'obligation pour le demandeur de prouver son droit et la justification du rôle passif du défendeur.

Toutefois, il peut se faire que le défendeur soit contraint de se départir de cette passivité. A supposer, en effet, que le demandeur prouve son droit, nous verrons par la suite que cette preuve, en principe, n'est pas absolue, en ce sens qu'il n'est, d'une façon générale, pas possible au demandeur de prouver qu'il est bien propriétaire. Il pourra seulement établir qu'il a possédé (1) et que sa possession est préférable à celle du défendeur. On conçoit donc qu'alors celui-ci devra essayer de lutter contre cette prétention et, à son tour, prouver l'excellence de sa possession. C'est alors vraiment que la question se présente dans toute son ampleur et c'est à son examen que nous allons consacrer la suite de nos développements en recherchant de quelle façon chacune des parties pourra justifier de ses prétentions.

¹ V. *Infra*, p. 120 et s.

CHAPITRE II.

Possession.

Le premier arrêt que l'on trouve dans les recueils concernant la preuve de la propriété immobilière est un arrêt de la Cour de Cassation du 26 août 1823 (S. Chron, D. Alph. 9. 621) rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour royale de Rouen, « Attendu, dit l'arrêt, que ce n'est pas par de simples présomptions que la Cour Royale a décidé que les biens saisis reposent sur la tête de la dame Domnesque, mais qu'elle y a été déterminée par le fait constant que les bien saisis, provenant de la succession de Louis Auger, *avaient été possédés* par Marie-Catherine Auger et que la dame Domnesque, sa fille et son héritière, les *possédait* lors de la saisie ».

Quelques années plus tard, l'idée se dessine déjà davantage que, à défaut de titres positifs qui justifient les prétentions des parties, les juges peuvent recourir, entre autres présomptions, à celle résultant de la possession (Req. 18 avril 1831, S. 31. 1 182), mais cette présomption peut être détruite par des preuves contraires et, notamment, par d'autres présomptions. (Req. 31 juill. 1832, S. 32. 1. 785).

En 1839, la Cour de Cassation fait un pas de plus : elle admet que la possession originaire du demandeur, antérieure à celle du défendeur est, non pas une simple présomption, mais une preuve certaine de son droit. En l'absence de titres, dit-elle, la possession *suffit seule* pour justifier la propriété. (Civ. 26 août 1839, S. 39. 1. 920).

En 1840 on va encore plus loin : la Cour de Cassation admet que le revendiquant triomphe s'il prouve, non pas sa possession actuelle, ni même sa possession antérieure constante, mais seulement s'il établit qu'existe à son profit une possession meilleure, mieux caractérisée, supérieure à celle de son adversaire (Req. 29 janvier 1840, S. 40. 1. 957. D. Rép. V^o propriété, n^o 675). Il s'agissait de la propriété d'une mare dont un sieur Hunot était en possession et dont la commune de Saint-Clément se prétendait propriétaire. Le sieur Hunot fut condamné par la Cour de Paris à délaisser à la commune le bien litigieux « considérant, porte l'arrêt, qu'aucune des parties ne produit de titres établissant la propriété de la mare dont il s'agit, qu'il résulte de l'enquête ordonnée par les premiers juges que Hunot ou ses auteurs, ainsi que les autres habitants de la commune ont fait depuis un temps immémorial, des actes de jouissance commune sur la dite mare, mais qu'il ne résulte pas que Hunot ou ses auteurs aient fait aucun acte de possession exclusive qui aurait pu seul établir la prescription à leur profit... » et le pourvoi formé par Hunot fut rejeté par la Cour de Cassation.

Deux arrêts, toutefois, repoussent cette théorie et exi-

gent que le revendiquant prouve sa propriété, non par une possession meilleure, mais par titres ou prescription: (Civ. 9 Déc. 1856, S. 57. 1. 588 ; 10 janvier 1860, S. 60. 1. 340, D.P. 60. 1. 74), et cela peut paraître assez juste. N'est-ce pas un principe de notre droit, qu'*Actori incumbit probatio* et, dès lors, il semble bien que, quelle que soit la possession du défendeur, il devrait triompher si le demandeur ne prouve pas qu'il est propriétaire.

Cependant, quelques mois plus tard, on revint aux principes précédemment établis, en admettant qu'une possession insuffisamment caractérisée pour conduire à la prescription, peut néanmoins être prise en considération comme preuve de la propriété (Civ. 16 avril 1860, S. 60. 1. 801, D.P. 60. 1. 251). Il est à remarquer que c'est dans la même affaire que la Chambre Civile de la Cour de Cassation a rendu ces deux décisions en sens contraire du 9 décembre 1856 et du 16 avril 1860. (Dans le même sens, Voir Req. 11 novembre 1861, S. 62. 1. 41. D.P. 62. 1. 94).

Les arrêts ultérieurs précisent cette tendance de la jurisprudence: Req. 7 mars 1877, S. 78. 1. 340 D.P. 78. 1. 216 ; 22 déc. 1885, S. 86. 1. 196 ; Civ. 9 mars 1886, S. 87. 1. 55, D.P. 87. 1. 246 ; 18 oct. 1893, S. 96. 1. 36, Autun et Dijon, sous Req. 31 mai 1905, S. 1905. 1. 524 : la présomption de propriété qui résulte de la possession utile, disent le Tribunal d'Autun et la Cour de Dijon, ne peut céder qu'à un titre ou à la prescription. Cette règle est indiquée notamment dans les arrêts de la Cour de Cassation, du 22 décembre 1885 et du 9 mars 1886 « Attendu en droit, dit la Chambre Ci-

vile dans ce dernier arrêt, que celui qui a la possession d'un immeuble, *animo domini* en est, par cela même, présumé propriétaire et est dispensé de prouver sa propriété, qu'il ne peut donc en être évincé sous prétexte qu'il n'en rapporte pas la preuve, lorsque son adversaire ne justifie pas lui-même soit par des titres, soit par la prescription qu'il est propriétaire de l'héritage litigieux ».

Un arrêt va même plus loin : la Cour d'Alger, en effet, tenant compte il est vrai de certaines considérations de fait et des nécessités pratiques, déclare que « dans l'état d'incertitude où se trouve encore la propriété indigène, il est juste et conforme à l'intérêt général de maintenir la possession publique, paisible comme le plus sûr témoignage de la propriété ».

Ainsi lorsqu'aucune des parties ne peut invoquer ni prescription ni titres, celle qui pourra prouver sa possession sera préférée à l'autre, et, au cas où les deux parties invoquent la possession, le juge comparera ces deux possessions et fera triompher celle qui lui paraîtra la meilleure et la mieux caractérisée.

La possession la meilleure, résultera, nous l'avons vu, de circonstances de fait laissées à l'appréciation des magistrats. C'est, ne l'oublions pas, non pas la qualité de propriétaire, mais celle de possesseur qu'on invoque pour le moment, laissant au juge, nous le verrons plus loin, le soin d'en tirer toutes les conséquences utiles (†).

La possession étant un fait, on en pourra rapporter

¹ *Infra*, p. 120 et s.

la preuve par tous les moyens et l'on comprend très bien que si chacune des parties invoque la possession, le juge soit obligé de comparer et d'apprécier les faits sur lesquels chacune d'elles appuie sa prétention.

Les actes de jouissance invoqués par l'une des parties peuvent par exemple, ne pas être considérés comme constituant des actes de possession exclusive. (Req. 29 janvier 1840, préc.) ou bien encore, la possession peut être considérée comme meilleure au profit d'une partie parce que, par exemple, les coupes faites par elle sur l'immeuble revendiqué ont été plus régulières que celle de son adversaire (Req. 7 mars 1877, S. 78. 1. 216) ou encore la possession de chacune des parties étant incertaine, on préférera celle qui s'appuie sur des actes de possession plus nombreux et mieux caractérisés. (Civ. 16 avril 1860, S. 60. 1. 801, D.P. 60. 1. 251.)

Et puisqu'il s'agit de faits, il est évident que la Cour de Cassation en laisse aux tribunaux toute liberté d'appréciation. Ils décident donc si ceux qui sont invoqués par l'une des parties prouvent bien qu'elle possédait et si cette possession est préférable à celle de l'adversaire.

On a parfois essayé d'expliquer cette jurisprudence en disant qu'elle était une survivance de la Publicienne romaine. La Cour de Cassation, a-t-on dit, lorsque, en l'absence de titres ou de prescription tant chez le demandeur que chez le défendeur, elle décide que c'est la possession la meilleure qui l'emporte, n'a fait qu'adapter au droit français la solution admise par le prêteur romain. De cette assimilation, il résulte deux conséquences importantes : d'abord que la possession dont il

faut faire preuve pour triompher dans la revendication française, cette « possession meilleure » serait la *possessio ad usucapionem* de la publicienne romaine. Elle devrait donc réunir toutes les qualités exigées de la possession lorsqu'elle doit mener à l'usucapion, puisque la Publicienne, nous l'avons vu, exigeait une possession qui, à supposer écoulé le temps nécessaire pour prescrire, eut rendu propriétaire celui qui l'invoquait (1) ; par conséquent, conformément à l'article 2229 du C. Civ. elle devrait être continue, publique, paisible, non équivoque, et à titre de propriétaire. -

Il en résulte, en second lieu, que la bonne foi n'étant exigée à Rome qu'à l'*initium possessionis*, quand bien même les débats auraient révélés que celui qui invoquait la Publicienne avait acquis *a non domino*, il n'en aurait pas moins triomphé s'il pouvait établir sa bonne foi initiale. De nos jours, au contraire, le possesseur de bonne foi succomberait si l'on pouvait prouver contre lui que son auteur n'était pas propriétaire, par application du principe *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, et l'on n'a pas assez souligné cette différence, que si dans la revendication française, comme dans la Publicienne romaine, la possession peut être utilement invoquée, elle ne l'est pas dans le même but, et partant avec les mêmes caractères.

¹ *Supra*, p. 19.

Dans la Publicienne, nous l'avons vu (1), le demandeur *ne prouve pas qu'il est propriétaire*, mais il prétend au contraire *le devenir* par usucapion et grâce à une fiction, tandis que dans notre revendication, il prétend être d'ores et déjà propriétaire et ce n'est que pour établir son droit qu'il invoque sa possession.

Sans doute, la preuve contraire sera toujours possible, par exemple ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'adversaire pourra utilement soutenir que celui de qui on tient le bien n'était pas lui-même propriétaire et par conséquent, n'a pu transmettre la propriété.

Mais, à défaut de preuve contraire, on conçoit que la jurisprudence admette que, dans cette mesure, la possession établit suffisamment la propriété. La propriété, en effet, qui est peut-être le plus important des droits ne peut rester à l'état d'abstraction. Elle se manifeste nécessairement par des faits extérieurs, des actes de jouissance qui constituent la possession.

La propriété, répète-t-on souvent, est le droit, la possession, le fait, « c'est le droit passé à l'état d'activité et se réalisant dans la sphère des actes sensibles » (2).

Cette idée que la possession est le signe de la propriété se retrouve dans toutes les législations qui admettent que lorsque cette possession a duré un certain temps et présente certains caractères, elle est assimilée par une présomption alors *juris et de jure*, au droit de propriété lui-même.

¹ *Supra*, p. 27.

² Troplong, *Commentaire sur la prescription*, t. I. p. 383. 5

On conçoit donc que les Tribunaux aient raisonné de la même façon, et, partant de l'idée que la possession est le signe de la propriété, qu'ils en aient conclu que le possesseur est censé propriétaire jusqu'à ce que le contraire soit démontré.

Point n'est besoin que cette possession présente tous les caractères exigés de la possession *ad usucapionem*. Il suffit qu'elle puisse être considérée comme la manifestation extérieure du droit de propriété.

Ce n'est pas une possession à fin d'acquisition qu'on invoque, c'est un mode de preuve, une présomption laissée à l'appréciation des magistrats. Aussi, comprend-on que les Tribunaux aient jugé que la possession qui serait suffisante pour se constituer défendeur à la revendication, peut n'être pas suffisante pour se constituer demandeur à cette même revendication.

Pour le défendeur, en effet, il suffit d'être en possession : il n'a alors rien à prouver et reconnût-il n'avoir aucun droit à la propriété de l'immeuble, il ne saurait en être expulsé par tout autre que le véritable propriétaire. (Bordeaux, 14 juin 1877, S. 79. 2. 324, D.P. 79. 2.56).

Le demandeur doit au contraire prouver son droit de propriété, et s'il invoque la possession, ce n'est que pour que le juge en déduise sa propriété. Tant que le juge ne sera pas convaincu, tant qu'il ne pensera pas que les faits de possession invoqués sont bien la « manifestation extérieure du droit de propriété », la prétention du demandeur ne saurait être accueillie.

lie. C'est en ce sens que subsiste la règle *actori incumbit probatio*, mais le demandeur prouve, nous le répétons, non pas qu'il est légitime propriétaire, mais qu'il est suffisamment possesseur pour pouvoir être tenu pour propriétaire.

CHAPITRE III

Titre.

Section I. — QUE FAUT-IL ENTENDRE PAR TITRE ?

L'hypothèse d'après laquelle les deux parties invoquent la possession à l'appui de leur demande n'est pas la plus fréquente : bien plus souvent l'une d'entre elles, sinon les deux, appuie sa demande sur un titre d'où résulte prétend-elle la preuve que la propriété lui a été transférée, et cette preuve par titre paraît à première vue devoir d'autant plus nous satisfaire que nous sommes habitués à la voir fonctionner sans difficultés en matière d'obligations où elle est même considérée comme la preuve par excellence.

Si *Primus*, créancier d'une certaine somme d'argent envers *Secundus* la lui réclame en justice, il produira généralement à l'appui de sa prétention, comme preuve de son droit, son titre de créance, c'est-à-dire le titre constatant la convention en vertu de laquelle *Secundus* est devenu son débiteur. Aucune autre justification ne sera nécessaire; la valeur du titre produit ne dépendant pas d'un autre titre quelconque, mais seulement des rapports juridiques qui se sont établis entre le créancier et le débiteur.

En matière de propriété (1), il semblerait que la question fut la même et qu'il suffirait à celui qui revendique la propriété d'un immeuble de produire, par exemple, pour justifier de son droit, l'acte de vente qui lui a été consenti par le propriétaire. Mais alors, apparaît tout de suite une objection tirée de la règle *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* d'après laquelle il est évident que le titre produit ne vaudra comme preuve certaine de la propriété qu'autant qu'il émanera du véritable propriétaire puisque seul celui-ci aura pu transférer le droit de propriété qui lui appartenait. Vouloir faire par titre la preuve absolue de la propriété, c'est en revenir nécessairement à prouver que son auteur était bien le véritable propriétaire et par conséquent, à la preuve diabolique, ou à tout le moins à la prescription.

A raison même des règles de transmission de la propriété, à raison aussi, nous le verrons plus loin, de la nature du droit de propriété, le titre sur lequel le revendiquant fonde son droit ne peut avoir la même valeur, n'ayant pas la même signification, que le titre qu'invoque le créancier à l'action personnelle.

Il y a plus : dès les premiers arrêts qui ont admis la revendication fondée sur un titre, la partie à qui l'on

¹ Nous ne disons pas seulement *en matière de propriété immobilière*, car la question est générale, et se pose aussi bien pour les meubles que pour les immeubles, mais pour ceux-là le législateur a été obligé de tenir compte des nécessités pratiques et d'établir la règle de l'art. 2, 279, « *En fait de meubles, possession vaut titre* » qui dispense le possesseur de toute autre preuve de son droit.

opposait ce titre n'a pas manqué d'objecter qu'il lui était étranger, que n'ayant pas participé à sa réuaction, et n'étant pas l'ayant-cause de celui dont il émanait, ce titre, conformément à l'article 1165, d'après lequel « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point au tiers... », ne lui était pas opposable.

L'arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 22 juin 1864 (S. 64. 1. 349, D.P. 64. 1. 413 et sur renvoi Rouen 1^{er} février 1865, S. 66.2.180, D.P. 66. 2.171) arrêt fondamental en notre matière, repousse cette objection « attendu, dit-il, que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties, puisque de l'impossibilité de faire concourir des tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers. Que déclarer opposables aux tiers les titres réguliers de propriété, ce n'est aucunement prétendre qu'il peut résulter de ces titres une modification quelconque aux droits des tiers et qu'ainsi la règle de l'article 1165 qui ne donne effet aux conventions qu'entre les contractants est sans application ».

Trois ans plus tard, la Cour de Nancy donne la même solution et, pour cela, invoque les mêmes arguments que la Cour de Cassation mais en les élargissant et en s'appuyant également sur l'article 711 : « Attendu, dit-elle, que la règle écrite dans l'article 1165 ne s'applique point aux actes translatifs de propriété qui sont oppo-

sables non pas à tel ou tel en particulier, mais à tous en général, comme les droits réels et absolus qu'ils consacrent ; qu'autrement, les contrats par lesquels la propriété des biens s'acquiert d'après l'article 711, deviendraient, dans la plupart des cas, une lettre impuissante et morte, ces contrats se passant presque toujours entre celui qui transfère la propriété et celui auquel elle est transférée, sans que les tiers y interviennent et sans qu'on ait un moyen légal et possible de les contraindre à intervenir. Attendu que l'interprétation donnée ici à la règle *res inter alios acta* ne s'appuie pas seulement sur les principes les plus élémentaires du bon sens et du droit, qu'elle se recommande aussi aux esprits pratiques et sérieux par ce besoin de stabilité, qui, dans notre organisation sociale assure à la propriété immobilière une préférence qu'il importe de lui conserver, que les tiers eux-mêmes, n'ont du reste rien à craindre de cette interprétation, puisqu'aux actes translatifs de propriété qu'on leur oppose, ils peuvent opposer à leur tour ou des titres contraires que les tribunaux examinent, comparent et apprécient en toute liberté, ou une possession paisible, publique, non interrompue, non équivoque, *animo domini*, et assez longue pour conduire à la prescription. » (Nancy, 20 juin 1867, D.P. 68.2.166).

Même solution encore dans deux arrêts de la Cour d'Aix du 29 février et du 16 mars 1872 (S. 73.2.49 et 51, notes de Naquet, D.P. 74.2.185 et 186, note X) dans trois arrêts de Bordeaux du 21 mars 1873 (D.P. 76.2.194) du 18 décembre 1879 (S.80.2.109) et du 6 avril

1883 (S. 83. 2. 148) qui admettent comme un principe que les actes établissant des droits de propriété réels et absolus de leur nature peuvent être opposés aux tiers qui n'ont pas concouru à ces actes ; ainsi que dans plusieurs arrêts de la Cour de Cassation (Voir not. Civ. 8 juillet 1874, D.P. 74.1.336 ; 21 mars 1894, S. 94.1.360, D.P. 94.1.240 ; Req. 15 nov. 1897, S. 98.1.337, note de M. Wahl, DP. 98.1.38 ; 20 février 1900, S. 1900.1.492, D.P. 1900.1.250 ; Civ. 22 oct. 1906, S. 1908.1.329 ; Req. 2 janvier 1907, S. 1913.1.542, D.P. 1907.1.125 ; Civ. 5 mars 1913, S. 1913.1.191. V. également, Riom, 4 juillet 1857, S. 58.2.103 ; Pau, 8 mai 1872, S. 73.2.79, D.P. 73.2.231 ; Amiens, 12 août 1902, D.P. 1909.5.26 ; Chambéry, 30 mars 1904, D.P. 1097.2.74 ; Chambéry, 6 juill. 1909, D.P. 1909.2.342).

La Jurisprudence va même très loin dans cette voie, car elle admet que l'article 1165 est inapplicable même lorsqu'on ne peut s'appuyer sur l'article 711. On ne peut, en effet, logiquement avoir recours à celui-ci que pour les titres translatifs de propriété, vente, échange, donation, etc... or, la Jurisprudence fait le même raisonnement lorsqu'on invoque devant elle un acte simplement déclaratif tel qu'un acte de partage (Civ. 22 juin 1864, précité ; Rouen, 1^{er} février 1865, S. 66.2.180, D.P. 66.2.171 ; Bordeaux, 18 décembre 1879, S. 80.2.109 ; Orléans 25 ou 26 avril 1895, S. 98.2.214), ou lorsque l'une des parties s'appuie sur un jugement antérieur (Req. 22 mai 1865, S. 65.1.359, D.P. 65.1.473, Civ., 27 déc. 1865, S. 66.1.205, D.P. 66.1.5, note X ; 13 juillet 1870, S. 70.1.397, D.P. 70.1.343).

Un arrêt de la Chambre Civile du 3 janvier 1905 (S. 1905.1.331, D.P. 1908.1.441) indique d'une façon très nette le principe que la preuve de son droit de propriété peut être faite par le revendiquant, au moyen de tous actes qui en reconnaissent l'existence, sans distinction entre les actes déclaratifs et ceux translatifs de propriété.

Comment expliquer cette jurisprudence ? L'objection tirée de l'article 1165 est grave et, quoiqu'il puisse paraître, les tribunaux n'arrivent pas à l'écarter. Ils disent l'article 1165 ne doit s'appliquer qu'en matière d'obligations, et non pas en matière de propriété, étant donné, d'une part la nature même du droit de propriété, droit absolu, opposable à tous, et d'autre part, parce que l'article 711 qui ne restreint pas les effets du transfert de propriété résultant d'obligations indique par cela même que l'article 1165 ne saurait être invoqué en cette matière.

Mais si l'on examine ces arguments d'un peu plus près on s'aperçoit qu'ils ne sont peut-être pas très solides.

L'article 711, nul ne le soutient, ne veut certainement pas dire qu'on puisse par contrat, transmettre une propriété que l'on n'a pas, et d'ailleurs les articles 1599 et 2182 sont là pour prouver le contraire. Sans doute dès qu'il existe, de par sa nature même, le droit de propriété est opposable à tous, et l'acte de transfert par lequel le propriétaire *Primus* transmet son droit à *Secundus* est valable, et rend *Secundus* à son tour propriétaire *erga omnes*. Mais pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il qu'il soit établi vis-à-vis des tiers contre lesquels

on l'invoque que l'acte émane du véritable propriétaire, et cette preuve, *Secundus* ne peut évidemment la fournir qu'en dehors du titre qu'il allègue. Tant qu'il se borne à invoquer seulement son titre, l'objection tirée de l'article 1165 subsiste. Le raisonnement de la Jurisprudence ne tient que si l'on pose à sa base le postulat que le titre émane bien du véritable propriétaire; mais c'est en somme là ce qu'il s'agit de démontrer.

De cette pétition de principes, la Jurisprudence tire même, nous l'avons vu, des conséquences qui paraissent inexplicables.

Admettons un moment comme exact que le titre suffit à prouver le transfert de propriété et que, par conséquent, l'article 711 peut être utilement invoqué pour écarter l'application de l'article 1165. Il est évident alors que ce raisonnement ne pourra valoir que pour les actes translatifs de propriété, vente, échange, donation, legs, etc... Or, nous l'avons vu, la Jurisprudence admet la même solution quand il s'agit d'un acte simplement déclaratif, transaction, partage, jugement.

Il semble bien que dans toutes ces hypothèses, la Jurisprudence ait mal raisonné. Sa solution, nous nous empressons de le dire, est la bonne, elle l'a senti, elle a compris qu'elle s'imposait, mais elle n'a pas su l'expliquer.

Elle est partie de l'idée que le titre devait faire foi de la qualité de propriétaire de celui qui l'invoque comme en matière d'obligations, il fait foi de la qualité de créancier. Mais c'est là qu'est l'erreur. Le titre ne peut prouver le droit de propriété. Cette justification, nous

l'avons déjà maintes fois dit, est impossible en fait à fournir, et le législateur a dû admettre la prescription pour suppléer à cette *probatio diabolica*. Si ce n'est pas pour prouver que le droit de propriété a été transmis qu'on invoque le titre, quelle est donc sa valeur ?

D'après un auteur éminent, M. Emmanuel Lévy, dont on peut dire que l'ouvrage *Sur l'Idée de transmission de droits* (à propos de la preuve de la propriété immobilière) a éveillé l'attention de tous les juristes sur la question qui nous occupe, le titre ne sert pas à prouver le transfert, mais est acquisitif par lui-même, qu'il émane ou non du véritable propriétaire.

Si l'on soutient en général, dit M. Em. Lévy que le titre ne suffit pas à prouver le droit, si l'on exige en outre la preuve de la prescription, c'est parce qu'on se fonde sur l'adage d'après lequel personne ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a. Or, dit M. Em. Lévy, cet adage n'est qu'une application du principe *res inter alios acta aliis non nocere potest*, par lui-même, il ne signifie rien ; jamais on ne transmet plus de droits, ni moins de droits, ni autant de droits qu'on en a, attendu qu'à proprement parler, on ne transmet jamais de droits, et qu'à chaque transfert, dans chaque contrat, il y a au fond création d'un nouveau droit. Qu'il s'agisse d'un créancier ou d'un propriétaire, jamais on ne tient son droit d'autrui (1).

D'ailleurs si le brocard *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* était un principe cer-

¹ Em. Lévy, *op. cit.*, p. 88.

tain, il ne saurait dépendre de la volonté du législateur que l'on reçoive ce que l'on ne nous donne pas, ou alors si l'on admet que la loi peut donner un droit nouveau à l'occasion d'un acte qui a pour but de transférer un droit ancien, on abandonne l'idée de transfert et l'on admet nécessairement la possibilité d'une conception différente.

Or les exceptions à ce brocard sont innombrables.

D'abord celles qui résultent des articles 2279 et 1141 du Code Civil, d'après lesquels un successeur peut recevoir ce que n'avait pas son auteur. Ce successeur devient propriétaire parce qu'il a traité avec une autre personne et quoique cette personne ne fut pas propriétaire. Il acquiert par mode dérivé un droit nouveau, ce qui lui permet de recevoir des droits que n'avait pas celui qui a aliéné à son profit.

La théorie de l'article 2279 prouve donc

1°) Qu'un acquéreur de meubles peut avoir plus de droits que son auteur ;

2°) Par la communauté d'origine de cette théorie avec la nôtre, qu'un acquéreur quelconque peut avoir plus de droits que son auteur.

La même idée se retrouve dans les articles 2239 (1), et 2265, dans les articles 717, 132 et 958, dans la théorie de l'effet déclaratif du partage, etc... (2) qui sont en contradiction manifeste avec l'adage.

¹ Art. 2239 *«Ceux à qui les fermiers, dépositaires et autres détenteurs précaires ont transmis la chose par un titre translatif de propriété peuvent la prescrire ».*

² Em. Lévy, *op. cit.*, p. 95 et suiv.

D'ailleurs, celui-ci est inutile : ce n'est qu'une façon d'exprimer le principe *res inter alios acta* : On l'invoque toutes les fois qu'une personne ayant un droit acquis contre une autre l'oppose à l'ayant-cause de cette dernière. Quand quelqu'un se dit propriétaire ou créancier, cela revient à dire que personne ne peut lui opposer un droit acquis, faire valoir le principe *res inter alios*.

Qu'on n'objecte pas que si l'on échappe à ce principe, c'est que l'on a acquis du véritable ayant-droit. Cela est faux précisément dans les cas où la loi a violé l'adage, *nemo plus juris* (1).

De plus cet adage est insignifiant par lui-même. Transférer un droit ne veut rien dire : Manifestation du moi, le droit n'est pas plus susceptible de transfert que notre personnalité même. On achète et on vend la valeur qui résulte des choses ou de l'activité humaine. On n'achète point, on ne vend point de droits (2). Dans tout transfert de droit, il y a une abdication, une cession et une acquisition. Ces deux actes sont indépendants et on comprend parfaitement que la cession soit vaine et que cependant il y ait acquisition de droit.

Le titre par conséquent est acquisitif par lui-même et il fait preuve du droit de propriété contre toute personne qui ne peut lui opposer un droit acquis et particulièrement contre le simple possesseur, peu importe qu'il émane *a domino* ou *a non domino*. C'est une question que le possesseur n'a pas qualité pour soulever. Il

¹ Em. Lévy, *op. cit.*, p. 97.

² Em. Lévy, *op. cit.*, p. 101.

ne peut, en effet, invoquer contre le revendiquant que des droits qui lui appartiennent à lui-même (1).

Dire que le titre est acquisitif par lui-même conduit d'ailleurs M. Em. Lévy à soutenir que le droit de propriété est non pas, comme on le prétend, un droit réel, absolu et opposable à tous, mais un droit relatif, analogue au droit de créance.

Le droit de propriété, en effet, tout comme le droit de créance, n'existe en lui-même que vis-à-vis de plusieurs personnes déterminées. Dans notre droit, on est propriétaire d'une chose de préférence à tel individu ou à tel autre, ce qui ne veut pas dire du tout, qu'on le soit ou qu'on puisse considérer l'être vis-à-vis de tout le monde, de préférence à tout le monde.

L'application des règles sur la transcription, les articles 1319, 1322 et 1321, par exemple, sont autant d'hypothèses ou quelque'un peut être propriétaire à l'égard des uns sans l'être à l'égard des autres (2).

Le système de la revendication étant dérivé des règles de fond qui régissent la propriété, il s'en suit que le revendiquant doit prouver, non pas qu'il est propriétaire, mais seulement qu'il est propriétaire de *préférence* à son adversaire.

Il n'en résulte donc pas que le gagnant puisse être considéré comme propriétaire vis-à-vis de nouveaux revendiquants.

Ceux-ci, au contraire triompheront s'ils font contre

¹ Em. Lévy, *op. cit.* p. 120 et suiv.

² Em. Lévy, *op. cit.* p. 120 et suiv.

lui là même preuve relative qu'il a lui-même faite contre son précédent adversaire.

Que penser de cette théorie ? est-il exact de dire que le titre même émanant *a non domino* est acquisitif, et comme tel, fait preuve, que la propriété est un droit relatif ?

La généralisation que fait M. Em. Lévy de l'article 2279 ne semble pas devoir s'imposer. Sans doute en matière de meubles la possession joue un rôle si important qu'elle aboutit, en fait, à rendre propriétaire même celui qui a reçu *a non domino*. Mais l'on sait que cette règle toute spéciale aux meubles s'explique par des raisons particulières, par les besoins du commerce qui « vit de rapidité et de célérité ». L'article 2279, a été emprunté par les rédacteurs du Code Civil à Bourjon. Or, nous dit celui-ci, la simple possession des meubles produit tout l'effet d'un titre parfait ; « Personne par rapport aux meubles n'exige un titre qui soit tout ensemble *justificatif et translatif de propriété*, et sur ce chacun se confie et se contente de la possession ; elle est donc suffisante ».

Ce qui revient évidemment à dire que pour les immeubles il faut un titre parfait, *un titre qui soit tout ensemble justificatif et translatif de propriété*, et il n'en résulte nullement, comme le prétend M. Em. Lévy qu'un acquéreur quelconque peut avoir plus de droits que son auteur. C'est vouloir faire dire à ce texte plus, et autre chose que ce qu'il contient. L'article 2279 signifie, en effet, seulement qu'en matière de revendication mobilière, la possession de bonne foi a

la même valeur absolue que le titre parfait, le titre émanant du véritable propriétaire en matière de revendication immobilière.

En outre, d'après M. Em. Lévy, l'idée d'une transmission de droits ne peut se comprendre, on ne peut transmettre un droit (1). Mais est-ce bien exact ? Ne trouvons-nous pas d'une part, les articles 711, 2182, 2^e al. C. Civ., 717 C. Pr. Civ. qui parlent d'une transmission de droit et qui reconnaissent bien que le droit passe du vendeur à l'acquéreur, du saisi à l'adjudicataire, tel qu'il existait en la personne de l'auteur. D'autre part, comment expliquer la nullité de la vente ou du legs de la chose d'autrui si l'on n'admet pas que le vendeur ou le testateur n'ayant pu transmettre à l'acquéreur ou au légataire un droit qu'il ne possédait pas, celui-ci n'a pu devenir propriétaire, qu'en d'autres termes, le titre est bien translatif de droit, mais seulement s'il émane *« domino »*.

Enfin, en ce qui concerne le caractère relatif du droit de propriété, et, partant, de l'action en revendication, sans vouloir examiner quant à présent la nature du droit de propriété, question que nous retrouverons plus loin, il nous suffit pour repousser la thèse de M. Em. Lévy de remarquer que, s'il arrive ainsi à expliquer assez bien que l'on puisse considérer comme titre de propriété ayant un caractère relatif, le titre d'acquisition, alors que l'on reconnaît que ce caractère relatif du titre, résultant des règles de fond du droit de propriété se

¹ *Supra*, p. 72.

traduit par le caractère relatif du succès du gagnant dans la revendication, comment expliquer que l'on accorde la même valeur à un acte simplement déclaratif, à un partage, où, surtout, au jugement rendu dans une précédente action en revendication contre un autre que l'adversaire actuel ? (Voir not. Cass. 27 déc. 1865, S. 66, 1, 205, D.P. 66, 1, 5.)

Ainsi donc, le titre n'est pas acquisitif par lui-même. Bien plus, nous soutenons qu'on ne l'invoque point pour prouver que le droit de propriété a été transmis, ni même comme on l'a dit, comme une présomption de propriété, mais plus exactement comme une présomption de possession.

Le droit de propriété, nous l'avons vu, se manifeste nécessairement par la possession qui en est, peut-on dire, la substance. On peut donc décomposer tout transfert de propriété en deux éléments, l'un abstrait, l'autre concret.

Ce que l'on entend, en effet, acquérir en devenant propriétaire, c'est, d'une part, la qualité même de propriétaire, c'est-à-dire le droit de considérer que le bien acquis appartient à soi seul et qu'on ne peut en être évincé par personne. D'autre part, et surtout, on entend acquérir la faculté de se comporter en maître sur la chose, d'en user à son gré, d'en percevoir les fruits, de l'aliéner librement si l'on veut, sans avoir à rendre de compte à personne.

Or, que ce soit un acte de vente, de donation, de partage, un testament ou un jugement, le titre que l'on invoque prouve au moins ce dernier élément. Si par suite, ⁶

en effet, sa valeur est contestée, s'il est démontré qu'on a acquis *à non domino* il en résultera évidemment qu'on n'a pu devenir propriétaire, acquérir un *droit* que n'avait pas son auteur, mais il en résultera en même temps, sinon la preuve absolue, au moins une présomption très forte que, depuis cette prétendue acquisition, on a agit sur la chose *comme si on en était propriétaire*, en d'autres termes, qu'*en fait* on en a eu la *possession*.

Sans doute, la possession n'exigeant pas seulement l'*animus* mais aussi le *corpus*, il peut se faire qu'ayant acquis non seulement d'un non propriétaire mais même d'un non possesseur, on n'ait jamais pu se mettre en possession de l'immeuble acquis qui était alors possédé par un autre. Mais ainsi que nous le verrons plus loin⁽¹⁾ cette question, on le conçoit ne sera pratiquement soulevée que si l'on se trouve en présence d'un adversaire qui peut établir que, par lui-même ou par ses auteurs, il possédait à cette époque l'immeuble objet de l'acquisition, ce qui revient à dire que sa possession était antérieure au titre invoqué. Nous allons voir comment la Jurisprudence résout ce problème, comment elle aboutit à accorder la même valeur intrinsèque à la possession prouvée par témoignage ou par tout autre moyen, ou au titre qui n'est, lui aussi, qu'une façon de prouver la possession. Et ainsi, lorsqu'on ne voit pas dans le titre une preuve absolue du droit de propriété, on comprend aisément que l'on puisse valablement invoquer devant les tribunaux à l'appui de sa prétention, un titre simplement déclaratif (Civ. 22 mai 1865, S. 65,

¹ *Infra*, p. 117 et s.

1, 359, D.P. 65, 1, 473 ; Civ. 3 janvier 1905, S. 1905, 1, 331, D.P. 1908, 1, 441 ; Lyon, 22 mai 1908, S. 1909, 2, 59. Contrà, Colmar, 24 Floréal, an XII, S. Chr. 1, 2, 192.) car il est bien certain qu'il en résulte la même présomption de possession que celle résultant selon nous d'un titre translatif, alors qu'il semble, au contraire, impossible, quoiqu'on ait soutenu, d'y voir la preuve d'une acquisition de propriété.

Section II. — TITRE CONTRE POSSESSION (1)

Lorsque l'une des parties, en général le demandeur, invoque un titre contre la possession de l'autre, la jurisprudence est très nette: le titre l'emporte sur la possession lorsqu'il est plus ancien, et, inversement, la possession antérieure l'emporte sur le titre.

Depuis l'arrêt du 22 juin 1864 qui est le premier statuant sur cette hypothèse, la jurisprudence n'a pas varié (2).

¹ Lorsque, dans les développements qui suivent, au *titre* nous opposons la *possession*, nous entendons par là la possession prouvée autrement que par titre.

² V. notamment Civ. 22 juin 1864, S. 64, 1, 413 et sur renvoi, Rouen, 1er février 1865, S. 66, 2, 180, D.P. 66, 2, 171; Civ. 8 juillet 1874, D.P. 74, 1, 336; Paris 17 mars 1890, D.P. 92, 2, 483; Riom 20 juin 1891, D.P. 92, 2, 127; Aix 18 février 1892, D.P. 92, 2, 484; Civ. 14 juin 1904, S. 1906, 1, 391, D.P. 1905, 1, 8; Civ. 22 oct. 1906, S. 1908, 1, 329; Req. 2 janvier 1907, S. 1913, 1, 542, D.P. 1907, 1, 125.

On a cependant soutenu le contraire, et prétendu, que les solutions qu'elle donne n'étaient pas en complet accord les unes avec les autres (1). Or, si l'on examine les quelques arrêts dans lesquels la question d'antériorité semble n'avoir joué aucun rôle, on s'aperçoit que si la possession postérieure au titre lui est, cependant, préférée, c'est parce que le titre est insuffisant ou incertain (Voir not. Req. 3 avril 1889, S. 92, 1, 592, D.P. 90, 1, 482).

On comprend qu'entre un titre insuffisant, c'est-à-dire un titre qui ne prouve pas, non seulement, qu'on est, mais, même qu'on a pu se croire propriétaire, et agir comme tel, et d'autre part, une possession paisible et publique, les tribunaux n'aient pas hésité. Nous sommes, en effet, dans le domaine des présomptions: c'est la plus forte qui doit triompher.

Mais lorsque, et c'est ainsi que se pose en général la question, le titre est suffisant et que d'autre part la possession est certaine, le juge se décidera, d'après la jurisprudence, suivant l'antériorité soit du titre, soit de la possession.

Cette solution se comprend aisément: c'est sous une autre forme la même que celle admise dans le cas où chacune des deux parties invoque la possession.

Dans cette hypothèse, on s'en souvient (2), la préférence est accordée à la possession qui paraît la meilleure, la mieux caractérisée. Or si le titre est bien, ainsi que

¹ V. Note de M. Wahl sous req. 15 nov. 1897, S. 98, 1, 337.

² *Supra*, p. 56 et s.

nous le prétendons, invoqué pour faire présumer la possession, on comprend que de son antériorité dépende sa valeur. Si, en effet, il est antérieur à la possession de l'adversaire, la présomption qui en découle garde toute sa valeur; on a voulu et, en fait, on a vraisemblablement dû se mettre en possession de la chose dont on se prétend propriétaire. D'où il suit que celui dont la possession est postérieure ne pouvait, par contre, se croire, lui, propriétaire et que, par conséquent, sa possession est moins bonne.

Si, par contre, le titre est postérieur à la possession de l'adversaire, il perd sa valeur : On n'a pu, en acquérant de *Primus* une chose dont *Secundus* est en possession, prétendre être, en fait, le maître de cette chose, en acquérir la possession (1). Inversement, rien ne prouve que le possesseur n'ait pu valablement se croire propriétaire, et, par conséquent, sa possession n'étant affectée d'aucun vice, doit être préférée.

Section III. — TITRE CONTRE TITRE

Pendant très longtemps, cette hypothèse ne s'étant pas présentée devant les tribunaux, la doctrine seule avait eu à la résoudre, et elle l'avait fait en distinguant

¹ Il est bien entendu que dans cette hypothèse, la possession est antérieure même au titre de *Primus* ou de ses auteurs, sinon celui qui invoque le titre, succédant au droit de ses auteurs pourrait invoquer le titre originaire antérieur, et l'on se trouverait dans l'hypothèse précédente.

suivant que les titres émanaient du même auteur ou d'auteurs différents.

Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque les titres émanent du même auteur, la préférence est accordée au titre le plus ancien, ou plutôt, depuis la loi du 23 mars 1855, au titre le premier transcrit. Aucune décision judiciaire ne vise cette hypothèse, mais il nous semble bien que, le cas échéant, la jurisprudence admettrait cette solution qui s'adapte fort bien avec l'ensemble de son système. Comment, en effet, ne pas préférer la possession présumée de celui qui a transcrit le premier puisque son adversaire a pu, devant cette transcription qu'il a dû connaître, se rendre compte qu'il ne pouvait prétendre se comporter en propriétaire sur un bien qui appartenait à un autre. Sa possession n'a donc pu avoir lieu *animo domini*, et c'est si vrai que, par hypothèse, il ne songe pas à l'invoquer.

Quant au cas où les titres émanent d'auteurs différents, d'après les auteurs, celui qui invoque le titre le plus ancien est préféré, mais à la condition toutefois qu'il prouve que son auteur l'eut emporté sur l'auteur du titre le plus récent si la question de la preuve de leur droit avait été soulevée entre ces deux auteurs (1).

La Jurisprudence n'a eu à statuer sur cette hypothèse que depuis la fin du dix-neuvième siècle. Elle admet également que celui qui invoque le titre le plus ancien doit triompher : « Attendu en droit, dit un premier ar-

¹ Aubry et Rau. § 219, n. 9 et 10 ; Baudry et Lacantinerie et Chauveau, *des biens*, n° 249 ; Appleton *op. cit.* n° 378 ; Montagne, *thèse* Poitiers 1879, p. 210.

rêt de la Cour d'Orléans du 25 juillet 1895 (Sous Civ. 1^{er} juin 1897, S. 97.1.399, D.P. 96.2.230) que lorsqu'il existe un conflit entre les titres de propriété des plaideurs, le plus ancien doit l'emporter sur le plus récent, que tout titre de propriété régulier implique au profit de l'acquéreur une *translation de possession*, et que la possession actuelle de celui qui se prévaut d'un titre moins ancien que celui de son adversaire, ne peut l'emporter sur ce dernier titre qu'autant qu'elle réunit les caractères voulus pour la prescription ». (Dans le même sens, Bourges 15 mars 1898, Sous Civ. 29 nov. 1899, D.P. 100.1.229; Req. 6 janv. 1896, S. 96.1.119, D.P. 96,1,40; Civ. 28 juillet 1903, S. 1907,1,45).

Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 21 décembre 1903 (S. 1908,1,211, D.P. 1906,1,175) indique en outre que le demandeur ne peut triompher que s'il prouve que les titres de son auteur l'eussent emporté sur ceux de son adversaire ou de ses auteurs dans le cas où la contestation se fût élevée entre ceux-ci.

Ce sont bien là les solutions jusqu'alors dégagées par la doctrine. Toutefois, deux décisions plus récentes semblent a priori s'en écarter. Dans un arrêt du 12 nov. 1907, la Cour de Cassation a décidé, en effet, que lorsque les titres invoqués émanent d'auteurs différents, la préférence ne doit pas nécessairement être accordée au plus ancien, mais qu'il appartient aux Tribunaux de se prononcer d'après les circonstances et documents de la cause, et que, quoique le titre du défendeur soit postérieur à celui du revendiquant, il doit être préféré à celui-

ci, si, bien que n'ayant pas prescrit, sa possession est antérieure au titre qu'on lui oppose. (Civ. 12 nov. 1907, S. 1910.1.388, D.P. 1908.1.313, note de M. Ripert). Enfin un arrêt de Montpellier du 3 février 1920, (D.P. 1920, 2, 73. Note G.R.) se fonde pour admettre le droit de propriété du défendeur, non pas tant sur l'antériorité de son titre que sur la conformité de ce titre avec sa possession. Il est vrai que, dans ces cas, on peut considérer qu'il est fait abstraction d'un titre qui devient inutile pour celui qui peut prouver autrement sa possession antérieure à celle que fait présumer le titre de son adversaire. Celui-là doit alors triompher suivant la solution que nous avons indiquée précédemment.

Ainsi donc, toutes les solutions de la Jurisprudence concernant le titre s'expliquent aisément si l'on voit dans celui-ci non pas un titre acquisitif par lui-même, non pas une preuve du droit de propriété, mais une présomption de possession.

Nous verrons plus loin les conséquences que l'on peut tirer de cette idée.

CHAPITRE IV.

Présomptions.

Il peut se faire encore que ni l'une ni l'autre des parties ne puisse invoquer la prescription, pas plus qu'un titre ou que la possession. Néanmoins, on sait que malgré le silence du Code, pour ne pas commettre le déni de justice prévu par l'article 4 du Code Civil, le juge est obligé de statuer. Pour trancher la question qui lui est soumise, il n'aura alors d'autres ressource que de recourir au mode de preuve assez imparfait que sont les présomptions de l'homme (1).

Sans doute, pas plus ici qu'en aucune autre matière, les présomptions équivalent à une preuve parfaite. C'est seulement un moyen pour le magistrat de se décider, sinon d'après une certitude absolue, du moins, d'après les vraisemblances.

C'est pourquoi il pourra apprécier librement la valeur des présomptions que chacune des parties invoque à

¹ En ce sens, v. notam. Req. 7 mars 1877, S. 78, 1, 340, D.P. 78, 1, 216 ; Civ. 10 août 1880, S. 81, 1, 117, D.P. 80, 1, 369 ; 8 févr. 1893, S. 96, 1, 447.

l'appui de sa prétention, il les comparera et fera triompher celles qui lui paraissent les plus probantes. (Req. 29 janv. 1884, S. 84,1,152, D.P. 84,1,314).

Parmi ces présomptions, celle que l'on invoque le plus souvent est la présomption tirée des énonciations du cadastre.

Sans aucune valeur, dans notre droit, quant à l'acquisition même de la propriété, les énonciations du cadastre, le plan cadastral, peuvent fournir, on le comprend aisément, de précieuses indications en faveur de celle des parties qui y est mentionnée comme propriétaire, et qui, par hypothèse, se trouve en face d'un adversaire qui ne peut pas mieux prouver son droit.

De nombreux arrêts sont en ce sens, soit qu'ils admettent simplement que les énonciations du cadastre fassent preuve (Req. 13 juin 1838, S. 38,1,886, D.P. 38, 1,310; Paris 11 novembre 1897; S. 1900,2,105, sous Civ. 14 février 1900, D.P. 1900,1,593; Req. 9 août 1900, S. 1901,1,397; 14 avril 1904, S. 1905,1,266, D.P. 1904, 1,247; 25 octobre 1911, S. 1913,1,394, D.P. 1913,1, 119) soit qu'ils les admettent lorsqu'elles sont corroborées par d'autres présomptions, ce sont par exemple, des faits de possession (Req. 30 juin 1874, S. 74, 1, 485) le paiement des impositions (Orléans 9 février 1884, D. P. 86, 2, 11) etc... Même à défaut de mentions conformes sur le registre cadastral, de simples présomptions tirées des circonstances de fait, peuvent être admises par le juge comme preuve du droit de propriété, par exemple, l'existence d'un petit mur édifié sur d'anciens

fondements qui paraissent avoir été faits au temps des fondations et sont dans le même alignement que la terrasse du demandeur, l'existence d'un trou du terrain dans lequel a été établi un pilier ou arc boutant très large dans ses fondements pour soutenir la maison du demandeur (Req. 20 nov. 1834, S. 35, 1, 70), l'existence d'un talus qui doit être censé appartenir au fonds supérieur dont il est pour ainsi dire le mur d'appui. (Req. 22 décembre 1891, S. 92, 1, 24, D.P. 92, 1, 512), l'existence entre les deux terrains, d'une borne qui ne peut qu'être considérée comme la ligne de démarcation (Req. 28 octobre 1901, S. 1903, 1, 179.) etc...

Enfin, un certain nombre d'arrêts s'appuient sur la présomption de l'article 552 du Code Civil; mais bien qu'un arrêt de 1882 déclare qu'elle constitue un titre légal (Req. 25 avril D. P. 82, 1, 248) la jurisprudence admet que cette présomption doit céder devant un titre ou une présomption plus forte résultant des circonstances de fait (Req. 24 nov. 1869, S. 70, 1, 32; Civ. 14 nov. 1888, S. 91, 1, 459 ; Req. 25 juin 1901, S. 1902, 1, 214) et qu'elle est au contraire préférable à la présomption de l'article 654 (Req. 12 nov. 1902, D. P. 1902, 1, 568).

L'appréciation des juges du fait quant à la valeur respective de ces différents présomptions est, d'ailleurs, souveraine et échappe au contrôle de la Cour de Cassation. (Req. 24 nov. 1869, précité ; 5 mars 1894, S. 98, 1, 439; 12 nov. 1902, précité).

De nombreux auteurs se sont élevés contre ces solutions. Le seul texte, ont-ils dit, qui permette au juge

d'admettre les présomptions de l'homme est l'art. 1353 du Code Civil qui limite en même temps cette disposition aux cas où la preuve testimoniale est admise, c'est-à-dire en principe, au cas où la valeur de l'objet en litige ne dépasse pas 150 frs. (1). Ce n'est donc que dans ce cas exceptionnel que la preuve par présomption est possible.

A ce raisonnement, on n'a pas manqué de répondre que l'article 1353 était inapplicable, parce que réservé avec les articles 1315 et suivants à la preuve des obligations, et qu'il n'y a aucune raison valable qui permette de l'étendre par analogie à la matière si différente de la preuve de la propriété (2). Nous retrouverons d'ailleurs cette question plus loin (3), mais d'ores et déjà nous croyons que même si l'on admet cet extension des articles 1315 et suivants à la preuve de la propriété, on est obligé de reconnaître qu'en cette matière, la preuve par présomption est cependant possible. L'article 1348, en effet, n'admet-il pas la preuve testimoniale, et partant, les présomptions toutes les fois qu'il a été impossible de se procurer une preuve écrite de son droit ; or, il est évident qu'il était impossible de se procurer une preuve par écrit, un titre auquel eût été partie, pour qu'il lui soit opposable, l'adversaire d'aujourd'hui que l'on ignorait alors.

C'est, d'ailleurs, pour cette raison, nous l'avons vu,

¹ V. Laurent, *op. cit.*, t. VI, n° 172.

² V. Debrand, *op. cit.*, p. 90.

³ V. *Infra*, p. 90 et s.

que le titre lui-même lorsqu'il existe n'a que la valeur d'une simple présomption.

Nous montrerons plus loin que, à notre avis, la preuve par présomption non seulement peut être admise, mais même doit nécessairement l'être en matière de preuve de la propriété immobilière.

TROISIEME PARTIE

Nous connaissons maintenant les données du problème il s'agit d'en trouver la solution. En d'autres termes, nous savons comment le droit romain et l'ancien droit tranchaient la question de la preuve de la propriété immobilière, nous n'ignorons pas, d'autre part, que le Code Civil l'a passée, sous silence, et nous avons vu que la jurisprudence a néanmoins suppléé à cette lacune en créant tout un système d'une cohésion parfaite mais qui peut sembler quelque peu prétorien. Il nous reste à rechercher comment cette Jurisprudence s'explique et se justifie.

Ce sera l'objet de notre troisième partie.

CHAPITRE I.

Théorie de Laurent.

La Preuve de la Propriété est impossible en dehors de la preuve de l'usucapion

La théorie soutenue par Laurent est aussi simple que rigoureuse: le demandeur ne peut prouver son droit de propriété qu'en invoquant la prescription accomplie par lui ou ses auteurs. Sinon, suivant Laurent : « d'après la rigueur des principes, il faut décider qu'il doit succomber par application de la règle élémentaire écrite dans l'article 1315 que le demandeur doit prouver le fondement de sa demande ; d'où suit que s'il ne fait pas cette preuve, il perd sa cause. On convient que telle est *la pure théorie*. L'expression n'est pas exacte, il ne s'agit pas d'une pure théorie mais d'un principe fondamental de droit, principe qui s'applique sans contestation aucune aux obligations et qui doit aussi s'appliquer aux droits réels, à moins qu'on ne trouve une dérogation dans la loi. Cette dérogation existe-t-elle ? Le droit romain l'admettait sous le nom d'*action publicienne*. L'ancien droit l'admettait également, mais le droit antérieur au Code est abrogé.

C'est donc dans le Code qu'il faut chercher la dérogation à un principe que le Code formule. Mais on l'y cher-

cherait vainement. La jurisprudence l'a consacrée, et Aubry et Rau ont essayé de la justifier. Nous croyons qu'ils n'ont prouvé qu'une chose, c'est qu'il y a lacune dans la loi. Quant aux principes mêmes sur lesquels repose la jurisprudence, cela nous paraît évident : « Une preuve aussi rigoureuse, dit-on, se concilierait difficilement avec les *exigences de la pratique* ». Depuis quand les exigences de la pratique ont-elles la puissance de déroger à des textes de loi ? ou, ce qui revient au même de créer des principes exceptionnels, partant de faire la loi ? On ajoute « qu'il semble, au point de vue de l'équité, qu'on ne peut réclamer du revendiquant la preuve d'un *droit meilleur* ou plus probable que celui du défendeur. »

Nous renvoyons l'*équité* avec les *exigences de la pratique* au législateur : lui seul peut l'écouter, l'interprète est enchaîné par les textes et par les principes qu'ils ferment. Voilà pourquoi nous récusons aussi l'autorité de Pothier en cette matière ; c'est parce que la théorie de la *publicienne*, ou d'un *droit meilleur* du revendiquant, n'a d'autre base que l'équité que nous ne pouvons pas l'admettre. Pothier décide à chaque pas d'après l'équité ; sous l'empire d'un Code, cela n'est plus permis à l'interprète. On invoque encore la présomption de propriété attachée à la possession ; nous avons d'avance rejeté cette prétendue présomption parce qu'il n'y a pas de présomption sans texte. En désespoir de cause, on fait appel à « l'esprit général de notre législation ». Nous répondons que l'esprit de la loi peut bien nous aider à interpréter les textes, mais

qu'il n'a pas la puissance de créer des lois et des principes.

En définitive, la doctrine d'un *droit meilleur* doit être rejetée par cela seul qu'elle n'est pas consacrée par le Code. »

Cette théorie a été reprise et développée par quelques auteurs, notamment par M. Montagne (1) et par M. Naquet (2).

Comme Laurent, tout en reconnaissant les inconvénients de leur système, tout en admettant que l'équité et l'utilité pratique demandent une autre solution, tout en avouant qu'il y a là une fâcheuse lacune dans la loi, ils contestent à la jurisprudence le droit de combler cette lacune en « faisant la loi ».

A priori, on est tenté de s'incliner devant ce respect des textes et de renvoyer au législateur le soin de compléter le Code. Mais si l'on examine la question de plus près, on s'aperçoit que peut-être « Laurent et ses partisans font un peu parler le législateur à leur gré et commencent à mettre dans sa bouche la formule de leurs opinions personnelles lorsqu'ils déclarent que le Code Civil a posé d'une manière générale la règle : *Actori incumbit onus probandi*, le demandeur doit prouver le fondement de son droit, sous peine de perdre son procès, et lorsqu'ils ajoutent que ce principe élémentaire est proclamé par l'article 1315 » (3).

¹ Montagne, *De l'action en revendication des immeubles en droit français*, thèse Poitiers 1879.

² Naquet, *note* sous Aix, 29 février et 16 mars 1872, S. 1873, 2, 49.

³ Appleton, *op. cit.*, n° 381, p. 352.

L'article 1315, en effet, dit simplement que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libérer doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

C'est là non pas la traduction de l'adage *Actori incumbit onus probandi*, mais seulement son application à la manière spéciale des obligations. Comment dès lors soutenir que cet article doive également s'appliquer à la matière de la preuve de la propriété.

Si quelque analogie existait entre la preuve d'un droit de créance et la preuve de la propriété, on comprendrait cette extension, mais, en vérité, l'analogie n'existe point. « La nature même des choses veut, en effet, qu'on se montre plus difficile pour la preuve d'un droit de créance, que pour celle de la propriété. En règle, toutes choses appartiennent à quelqu'un ; au contraire, être créancier d'une personne déterminée, constitue une dérogation au droit commun. L'existence matérielle d'une chose implique presque forcément un droit de propriété au profit de quelqu'un ; au contraire nous pouvons mettre en présence un nombre illimité de personnes, il n'en résultera pas, avec la même nécessité, l'existence entre elles de rapports d'obligation.

« Les créances sont des droits destinés à s'éteindre par le paiement, et dans un délai généralement assez bref, par conséquent, elles ne remontent habituellement qu'à un passé assez proche, les preuves de l'établissement du droit n'ont pas eu le temps de dépérir. On exi-

gera donc que le créancier les produise, et l'on montrera, avec raison, très rigoureux à cet égard.

« Au contraire, l'acquisition originaire de la propriété se perd presque toujours dans la nuit des temps, si bien que, dans la presque totalité des cas, il faut se réfugier sous l'égide tutélaire de la prescription, ce qui mène à l'établissement de faits de possession, à des enquêtes, contre-enquêtes, expertises, etc...

« Généralement, la preuve d'un droit de créance se fait très simplement : on montre, par la production d'un écrit, que tel jour, telle obligation a été contractée ; à l'adversaire de prouver alors qu'elle s'est éteinte depuis, ici rien de vague, rien de compliqué.

« Rien de plus complexe, au contraire, rien de moins net de plus difficile en général que la preuve de la propriété.

« On étend donc, sans qu'il y ait analogie suffisante, allons plus loin, sans qu'il y ait au fond aucune similitude, la disposition de l'article 1315 à des matières pour lesquelles elle n'a pas été faite. On voit que ceux-là même qui, comme Laurent, refusent d'admettre la Publicienne, parce que le Code n'en parle pas, prennent avec ce Code d'assez grandes libertés » (1).

Et si cette assimilation que rien ne justifie aboutit en outre à dépouiller un grand nombre de propriétaires légitimes en exigeant d'eux une preuve impossible, elle doit être repoussée avec encore plus de vigueur.

Certes si un texte de loi exigeait la preuve complète

¹ Appleton, *op. cit.*, n° 381, p. 353.

du droit de propriété, le juge devrait se conformer à ce texte sans tenir compte des résultats choquants ou même parfois iniques de ses décisions. Mais ce texte de loi n'existe pas et rien n'autorise à transporter les règles d'une matière à une autre différente dont le législateur n'a pas parlé.

C'est là vouloir faire œuvre juridique, et ce faisant, Laurent et ses partisans méritent le reproche qu'ils adressent eux-mêmes à la jurisprudence ; ils « font la loi » et ils la font sans en voir le droit.

Si le juge au contraire fait œuvre un peu prétorienne, ne peut-on pas dire qu'il se conforme ainsi à la volonté des rédacteurs du Code : l'article 4 du Code Civil qui ordonne au juge de juger quelle que soit la question qui lui est soumise et malgré le silence du Code, ne l'autorise-t-il pas en même temps à faire la loi dans les cas où le législateur n'a pas statué ? Et tant que les solutions qu'il adopte ne sont pas en opposition avec les principes généraux de notre droit, on ne peut lui faire aucun reproche.

Or, nous espérons montrer plus loin que les solutions admises en notre matière par la jurisprudence sont au contraire en parfaite harmonie avec les principes qui régissent aussi bien la matière de la propriété que celle de la preuve.

CHAPITRE II.

Théorie d'Appleton.

*La jurisprudence ne ferait qu'appliquer les règles
de l'action Publicienne*

Cette théorie a été soutenue par d'éminents auteurs du dix-neuvième siècle, Troplong, Duranton, Merlin, Demolombe pour ne citer que les principaux (1) et reprise sous une forme un peu différente par M. Appleton (2).

Si, ont-ils dit, le Code Civil est muet sur cette question de la preuve de la propriété, c'est parce que le législateur de 1804 a entendu maintenir les principes admis en cette matière par l'ancien droit, lequel, si l'on s'en rapporte à Pothier, n'avait fait que laisser subsister la Publicienne romaine. C'est pourquoi, disent les premiers de ces auteurs, l'action Publicienne existe dans notre droit exactement dans les mêmes conditions qu'en droit romain, c'est-à-dire seulement au profit du possesseur de bonne foi avec juste titre. Nous avons vu, en effet, en étudiant cette action qu'à Rome elle était donnée à

¹ V. Troplong, *De la vente*, n° 235, *Prescription*, t. 1, n° 230; Duranton, IV, 233 et s.; Merlin, *Répertoire*, V° *Revendication* § II, n° 3; Demolombe, IX, 481.

² Appleton, *op. cit.*, n° 374 et s.

celui qui perdait la possession alors qu'il était *in via usucapiendi*. Sauf la durée, elle exigeait donc toutes les conditions requises pour l'usucapion, c'est-à-dire que le demandeur devait établir non seulement qu'il avait eu la possession, mais encore son juste titre et sa bonne foi.⁽¹⁾

Mais on sait combien, en matière d'usucapion notre droit moderne diffère du droit romain, puisqu'il admet que tout possesseur peut prescrire, fût-il même de mauvaise foi ou n'eût-il pas de juste titre, pourvu que sa possession réunisse les caractères exigés par l'article 2229. Dès lors, puisque le possesseur de mauvaise foi et sans juste titre peut devenir propriétaire par usucapion, il n'y a plus aucune raison de nos jours pour le traiter différemment que le possesseur de bonne foi, et pour lui refuser le bénéfice de la Publicienne qu'on accorde à ce dernier.

A cette objection, M. Appleton répond qu'en effet « Il faut décider que dans le droit moderne, la Publicienne appartient même au possesseur sans titre qui vient à perdre la possession, si cette possession présentait les caractères requis pour prescrire.

« En étendant la Publicienne à cette hypothèse, ajoute-t-il, on ne s'écarte nullement du droit romain, et de la tradition historique ; bien au contraire, on leur reste fidèle, car en matière juridique, la fidélité consiste, non pas à obéir servilement à la lettre, mais à s'attacher fermement à l'esprit d'une institution !

« Or tout le monde reconnaît que l'idée fondamen-

¹ *Supra*, p. 19.

tale de la Publicienne est de protéger comme propriétaire celui qui était *in via usucapiendi* et qui perd la possession ;

« Donc la Publicienne doit être accordée, de nos jours, même à celui qui ne produit pas de titre, à la seule condition qu'il ait eu une possession utile pour prescrire ! »

Mais même ainsi étendue, la théorie d'après laquelle la Publicienne survit dans notre droit moderne, ne semble pas devoir être adoptée.

Et d'abord, si en droit romain, la Publicienne était d'une grande utilité il ne faut pas perdre de vue qu'il n'en est plus de même aujourd'hui. Son but, en effet, était de permettre à celui qui avait été dépossédé de recouvrer sa possession : l'interdit *uti possidetis* ne protégeant que le possesseur *actuel* ne pouvait lui être d'aucun secours et c'est pour remédier à cette lacune que le prêteur créa l'action publicienne. Dans notre droit, au contraire, le possesseur annal dispose d'une action spéciale la complainte qui lui permet pendant toute une année de rentrer dans la possession dont il a été dépouillé (1).

Sans aller, comme on l'a dit, jusqu'à faire double emploi avec les actions possessoires, il est évident que l'action publicienne ne présenterait plus aujourd'hui le même intérêt pratique qu'en droit romain.

De plus, comme le dit très bien Laurent (2), l'existence de la Publicienne dans notre droit est inadmissi-

¹ V. Aubry et Rau, § 219, n. I bis.

² Laurent, *op. cit.*, VI, n° 156.

ble « Il suffit de lire la définition de la publicienne empruntée aux Institutes pour se convaincre que cette action repose sur une fiction ; on feint que la prescription est accomplie bien qu'elle ne le soit pas. Or, appartient-il à l'interprète de créer une propriété fictive et de la munir d'une action ? Non certes. Cela décide la question. Rien de plus faible que les raisons que l'on invoque pour maintenir la publicienne. Elle est conforme à l'équité dit-on, soit, mais l'équité suffit-elle pour créer des fictions et des actions ? On invoque l'autorité de Pothier, il est vrai qu'il admettait la publicienne. Pothier dit aussi que cette action est fondée sur l'équité, en effet, l'équité veut que celui qui est le juste possesseur d'une chose et qui, quoiqu'il n'en soit pas encore le propriétaire, est en chemin de le devenir, soit préféré pour avoir cette chose, lorsqu'il en a perdu la possession. Sous l'ancien droit, les jurisconsultes pouvaient se baser sur l'équité car ils n'étaient pas liés par des textes de loi, comme nous le sommes et le droit romain avait alors une autorité même dans les pays coutumiers qu'il n'a plus aujourd'hui, puisqu'il est abrogé.

Il faudrait donc prouver que les auteurs de code civil ont voulu maintenir la Publicienne, et pour cela il faudrait un texte, puisqu'il s'agit d'une fiction, c'est-à-dire d'une exception. Le silence du code Napoléon suffit pour décider la question. »

D'ailleurs, lorsqu'on l'examine de plus près, on s'aperçoit que cette théorie n'explique pas aussi bien qu'il pourrait le sembler au premier abord les décisions de la Jurisprudence.

En effet, elle aboutit, nous l'avons vu, à présumer accomplie une prescription qui ne peut pas être prouvée. Mais, encore, faut-il pour que cette prescription puisse être présumée qu'elle résulte plus ou moins directement de certains faits, de certains indices. Or si de la production d'un titre, des indications du cadastre, de l'état des lieux, on peut conclure à une certaine possession, rien n'autorise, lorsque ces faits ne remontent pas à dix, vingt ou trente ans à considérer en dehors de toute fiction, que cette possession a duré pendant le temps nécessaire pour usucaper. Si la Jurisprudence n'accueillait que les demandes fondées sur une prescription prouvée ou présumée, elle devrait repousser la prétention de celui qui ne pourrait produire qu'un titre remontant par exemple à huit ans, alors que contre un adversaire qui n'a ni titre ni possession antérieure ce titre permettra de triompher parce que, nous l'avons vu, il fait présumer la possession.

Enfin, nous avons déjà indiqué (1) qu'une différence importante sépare notre revendication moderne de la Publicienne romaine : Dans celle-ci la bonne foi initiale seule importe et permet de triompher quand bien même on reconnaît par la suite qu'on a acquis *a non domino*, tandis que dans notre revendication, on succombe s'il est prouvé que même de bonne foi, on n'a pas acquis du véritable propriétaire.

Pour toutes ces raisons, il semble donc bien que l'assimilation entre ces deux actions soit impossible. Et cela d'ailleurs n'est que la conséquence naturelle de

² *Supra*, p. 58.

l'opposition qu'il y a, sinon entre leur résultat qui est toujours de faire trancher la question de propriété, du moins entre la prétention des plaideurs dans chacune d'elles. Dans la Publicienne, nous le rappelons (1), le demandeur invoque la prescription comme un mode d'acquisition d'une propriété à laquelle, en droit strict il ne peut encore prétendre, dans notre revendication, au contraire c'est comme preuve d'un droit de propriété qu'il prétend d'ores et déjà lui appartenir que le demandeur invoque, non pas seulement la prescription, mais la simple possession. Comment dès lors soutenir que ces deux actions soient les mêmes. Tout au plus peut-on dire que si, à la différence de la Publicienne, notre action moderne est bien une revendication proprement dite dans laquelle on prétend à la propriété de la chose (*intendere rem suam esse*) en fait, la jurisprudence se contente de preuves si peu rigoureuses que cette revendication n'est pas plus gênante que ne l'était, à Rome, l'action publicienne.

¹ *Supra*, p. 59.

CHAPITRE III.

Théorie d'Aubry et Rau.

Le droit meilleur et plus probable

Pour Aubry et Rau (1), non seulement la Publicienne romaine n'existe plus chez nous comme action distincte de la revendication, mais la controverse qui s'est élevée à ce sujet se réduit, en tant qu'on l'envisage dans son intérêt pratique, à une simple question de preuve, à celle de savoir quelles sont, dans telles circonstances données, et eu égard à la position du défendeur, les justifications à faire par le demandeur en revendication.

La justification du droit de propriété ne peut résulter d'une manière irréfragable que de la preuve de l'accomplissement de l'usucapion au profit du revendiquant lui-même ou de l'un de ses auteurs.

« En dehors de l'usucapion, cette preuve ne saurait, en pure théorie, s'administrer d'une manière complète que par la production d'un titre translatif, de propriété accompagnée de la justification du droit de l'auteur immédiat et de celui des prédécesseurs de ce dernier. Mais une preuve aussi rigoureuse se concilierait difficilement

¹ Aubry et Rau, § 219 et s.

avec les exigences pratiques et il semble, d'un autre côté qu'au point de vue de l'équité, on ne puisse réclamer du revendiquant que la *preuve d'un droit meilleur ou plus probable que celui du défendeur*.

« C'est sur ces considérations combinées avec la présomption de propriété qui s'attache à la possession, que sont fondées les règles qui, dans le silence de la loi sur les éléments constitutifs de la preuve du droit de propriété, nous paraissent devoir être admises par cela même qu'elles sont conformes à l'esprit général de notre législation. »

Nous avons déjà vu, en étudiant la théorie de Laurent les critiques véhémentes qu'il adresse à ce système auquel il reproche de faire œuvre législative au lieu de se borner à une stricte application des textes, seul rôle qui, d'après lui, convienne à l'interprète. Nous avons répondu à ces objections en disant que dans le silence du Code, le juge obligé de statuer par l'art. 4 du Code Civil, s'inspire à bon droit de l'équité, des exigences pratiques et de l'esprit général de la législation.

Mais ce qu'il nous faut examiner ce n'est pas tant les motifs invoqués à l'appui de la solution qu'on propose que cette solution elle-même.

Pour Aubry et Rau, la seule preuve exigible dans l'état actuel de notre législation c'est celle d'un *droit meilleur et plus probable* que celui de l'adversaire. C'est d'ailleurs là l'idée qui servait de base à la Publi-cienne « c'est tout à fait dans ces termes là que la question se posait à l'époque de Justinien, alors que la Publi-cienne et la revendication ne différaient plus en la

forme. Il s'agissait alors, comme aujourd'hui, de déterminer la nature et l'étendue des preuves à fournir, selon les cas par le demandeur revendiquant » (1).

Toutefois, si l'idée est la même, Aubry et Rau se refusent ainsi que nous, à admettre que l'action publicienne subsiste encore aujourd'hui avec ses caractères et ses conditions propres. Pour eux (2) il ne faut voir dans quelques-unes des règles de l'action publicienne, telle qu'on la retrouve au Digeste, que le point de départ de la théorie du titre meilleur et plus probable, spéciale uniquement à la preuve en cas de revendication et qui a été consacrée par la Jurisprudence moderne.

Cette formule d'un « droit meilleur et plus probable » a séduit nombre d'auteurs et les tribunaux qui, dans leur attendus la répètent à l'envie. Il nous semble cependant qu'on peut lui adresser certaines critiques qui, pour notre part, nous empêcheront de l'adopter.

Et d'abord, à l'examiner de près, comment admettre cette expression d'un « droit meilleur et plus probable. »

Un droit est ou n'est pas, on est propriétaire d'une chose ou on ne l'est pas. Pour pouvoir dire qu'on est mieux qu'un autre propriétaire de la même chose, il faudrait supposer que sur cette chose pussent exister en même temps deux droits de propriété, dont l'un devrait céder devant l'autre. Cette idée, contraire à la notion que nous avons de la propriété, droit absolu, défini par l'article 544 du Code Civil ne peut être admise.

¹ Appleton, *op. cit.*, n° 376, p. 333.

² Aubry et Rau, § 219, n° 1 bis.

Et, d'ailleurs, est-ce bien là une théorie juridique : on explique bien, ou mieux, on rend bien compte de la Jurisprudence qui, en effet, compare et apprécie la valeur respectifé non pas des droits mais des preuves fournies, mais on ne nous dit pas en vertu de quels principes de droit la Jurisprudence agit ainsi. Sans doute on invoque bien l'équité et les exigences de la pratique, mais sans aller jusqu'à dire comme Laurent, que ces considérations ne suffisent pas pour autoriser le juge à statuer en dehors d'un texte précis, nous pensons qu'il appartient justement à la doctrine en présence de ces solutions dictées souvent au juge par des nécessités pratiques, par des circonstances de fait, d'essayer de les rattacher à des principes juridiques qui en fassent non plus des solutions de fait, mais des règles de droit.

Or, nous l'avons déjà dit, la question de la preuve de la propriété immobilière est une question de droit et non pas une question de fait : et cela est si certain que la Cour de Cassation statue constamment sur ce point. Il ne suffit donc pas de dire qu'il y a là une théorie spéciale à la preuve en cas de revendication, — ce qui d'ailleurs, nous espérons le démontrer par la suite, n'est pas exact car il n'y a, en cette matière, aucune exception mais au contraire l'application stricte des règles ordinaires en matière de preuve, — encore faut-il expliquer sur quels principes repose cette théorie, à quelles règles de droit on peut la rattacher, en vertu de quel texte de quelle loi il faut admettre cette exception.

C'est ce que ne font pas Aubry et Rau, ni les auteurs qui, comme eux, se bornent à affirmer qu'en matière de

revendication celui dont le droit est meilleur doit triompher.

Nous sommes, quant à nous, de ceux qui pensent qu'affirmer n'est pas démontrer, et c'est pourquoi, bien que nous reconnaissons à Aubry et Rau un grand mérite : celui d'avoir fort bien analysé les solutions jurisprudentielles et d'avoir ainsi éclairé la route à suivre, nous nous refusons à voir dans les lignes qu'ils ont écrites sur ce sujet, une théorie juridique qui ait atteint le but vers lequel nous tendons, c'est-à-dire qui ait justifié *en droit*, les solutions admises par les tribunaux en matière de preuve de la propriété immobilière.

CHAPITRE IV.

Théorie d'Emmanuel Lévy.

La Propriété, droit relatif

On a également essayé de soutenir, avec beaucoup de force, que le caractère de la revendication, et, partant, des preuves à fournir par les parties, s'explique par le caractère du droit de propriété : il n'y aurait pas, dès lors à rechercher un système de preuve spécial, mais seulement à appliquer les règles de fond concernant la propriété.

Celle-ci, en effet, d'après l'opinion traditionnelle est considérée comme étant le droit absolu par excellence, droit opposable à tout le monde, profondément différent, par conséquent, du droit de créance, droit relatif existant seulement vis-à-vis d'une ou de plusieurs personnes déterminées. « On est propriétaire ou on ne l'est pas. Point de milieu. Point de fractions de propriété. C'est le droit absolu, illimité sur la chose, il porté directement sur elle ; il l'embrasse, il l'absorbe nécessairement tout entière. Il est exclusif de tout droit rival. » (1).

¹ V. Em. Lévy, *op. cit.*, p. 114.

Or, dit-on, c'est là jouer sur les mots et abuser d'une formule : le *jus in re* qui, comme bien d'autres expressions juridiques, n'est qu'une manière commode de s'exprimer dont on ne peut faire la base d'une théorie.

Elle résume les effets du droit de propriété mais n'en définit pas la nature. *Jus in re*, dit-on, par conséquent, droit unique.

Mais, ainsi que réplique Ihering (1) : où donc est-il écrit que la nature du droit sur la chose consiste à ne pouvoir être primé par personne ? La possession dans son idée originaire, n'est autre chose que la propriété sur la défensive... On ne peut dénier à la *bonæ fidei possessio* d'être un droit sur la chose... que ce droit puisse parvenir à disparaître, peu importe, son autorité antérieure ne saurait être déniée. »

D'ailleurs, *jus in re*, droit réel, est-ce bien, au fond un droit sur la chose ? Certainement non ; la raison en est claire, Kant l'exprime avec précision (2). « La définition ordinaire du droit sur une chose (*jus reale, jus in re*) à savoir « le droit envers tout possesseur de cette chose » est une bonne définition de mot. Mais qu'est-ce qui fait que je puis revendiquer une chose extérieure auprès de quiconque en serait le détenteur et le contraindre à m'en remettre la possession ? Ce rapport juridique extérieur serait-il un rapport immédiat de mon arbitre à une chose corporelle ? Il faudrait alors le devoir correspondant toujours au droit que celui qui pense que son droit ne se rapporte pas immédiatement

¹ Ihering, *Esprit*, trad. franç., t. IV, p. 350.

² Kant, *Métaphysique de la doctrine du Droit.*, trad. Barni, p. 88 et suiv.

à des personnes, mais à des choses, se présentât (bien que d'une manière obscure), la chose extérieure comme demeurant obligée à l'égard de son premier possesseur, quoiqu'elle fut sortie de ses mains, comme se refusant à tout autre soi-disant possesseur, puisqu'elle est déjà obligée, vis-à-vis du premier ; de telle sorte que mon droit, semblable à un génie qui accompagnerait les choses et les garantirait de toute attaque extérieure, me signalerait toujours le possesseur étranger. Il est donc absurde de concevoir l'obligation d'une personne envers des choses, et réciproquement, quoiqu'il soit très permis de rendre sensible par cette image le rapport juridique et de s'exprimer ainsi. »

Dès lors la propriété étant un droit contre des personnes, on conçoit fort bien qu'elle puisse exister à l'égard de certaines personnes, sans être quant à d'autres.

D'ailleurs, il ne faut pas oublier que l'action de propriété fut au début une action personnelle : elle resta toujours et nécessairement une action contre une personne.

Par conséquent, que l'on soit propriétaire d'une chose, de préférence à tel individu ou à tel autre, cela ne veut par dire du tout qu'on le soit et qu'on puisse se considérer l'être vis-à-vis de tout le monde. Et nombreuses sont, dans notre droit, les hypothèses où plusieurs personnes peuvent prétendre à la propriété d'une chose : c'est ce qui arrive par suite des règles sur la transcription, sur la preuve du titre (Art. 1319 et 1322. cp. art. 1328) ou de celles sur les contre-lettres (Art. 1324). C'est ce qui résulte encore des articles 2279 al. 2

et 1141, des règles sur la prescription qui peut être affectée de vices purement relatifs dont certaines personnes seulement peuvent exciper, ou être exposée à des causes de suspension et d'interruption dont certains seulement peuvent se prévaloir.

Ces exemples et tous ceux qu'on pourrait encore citer particulièrement toutes les exceptions apportées au prétendu principe *nemo plus juris*, suffisent à montrer la multiplicité possible de droits de propriété sur une chose.

Cette possibilité s'explique par le caractère de ce droit comme droit contre des personnes (1).

Par conséquent, et pour en revenir à la revendication, il est naturel qu'au caractère relatif de droit de propriété, corresponde le caractère relatif du système de preuve dans la revendication. Que doit, en effet, prouver celui qui triomphe ? Non pas qu'il est propriétaire, mais seulement qu'il est propriétaire de préférence à son adversaire, qu'il a une possession mieux caractérisée, un titre plus ancien. Il n'en résulte nullement que le gagnant soit le véritable propriétaire et doive être considéré comme tel vis-à-vis d'un second, d'un troisième revendiquant. Celui-ci, au contraire lui sera préféré s'il fait contre lui la même preuve relative qu'il a lui-même faite contre son premier adversaire. Et cette preuve, on conçoit qu'elle puisse être faite par titre, car le « titre prouve le droit à l'égard du simple possesseur

¹ V. sur toute cette théorie, Em. Lévy, *op. cit.*, p. 114 et s.

émana-t-il même d'un *non dominus* (1) car il est par lui même acquisitif de droit.

Nous avons déjà répondu à ceci en traitant du titre (2)

Il nous fait maintenant examiner si cette théorie de la propriété, droit relatif, peut nous satisfaire.

Evidemment, il y a quelque chose qui choque dans l'opposition qui existe entre d'une part le droit de propriété, droit absolu, opposable à tous et d'autre part, la preuve de ce droit, relative ne valant que vis-à-vis de certaines personnes. Comment une fois ce droit absolu prouvé, admettre qu'un tiers, usurpateur quelconque puisse venir le contester ?

Aussi, comprend-on que pour éviter cette contradiction, certains auteurs aient voulu en rapprocher les deux termes et, au lieu de dire comme Laurent, la propriété étant un droit absolu, la preuve doit en être également absolue, ce qui dans bien des cas revient à la rendre impossible, on a essayé de partir de l'autre terme et de soutenir que la preuve de la propriété pouvait être relative parce que le droit de propriété lui-même avait un caractère relatif.

Nous n'entendons pas entrer ici dans la controverse toujours ouverte entre partisans de l'unité ou de la dualité des droits, nous bornant à renvoyer aux savants ouvrages qui traitent de cette question (3).

¹ Em. Lévy, *op. cit.*, p. 146.

² V. *Supra*, p. 73 et s.

³ V. Not. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, p. 405 et s.; Capitant, *Introduction au droit Civil*, II^e édit. p. 78, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1911, p. 279 et s.;

Ce que nous voulons seulement rechercher c'est la réponse qu'il faut faire à cette question. Les solutions admises par la Jurisprudence en matière de revendication ne sont-elles que l'application des règles de fond qui régissent la propriété, laquelle serait un droit relatif ?

Or nous ne croyons pas, quant à nous, qu'il faille ainsi assimiler le droit réel et le droit personnel, mais que, comme on l'a fort bien dit, la distinction entre ces droits est « l'arrête du droit du patrimoine » et l'on ne peut admettre ce prétendu rapport de droit universel fait d'abstention en quoi se résoudrait le droit réel.

« Sans doute, la vie en société n'est possible que si je respecte la sphère d'activité d'autrui, si je ne lèse ni ses biens, ni sa personne physique ou morale. C'est là un de ces principes que l'on peut encore inscrire au groupe des bases fondamentales. Mais ce principe, qui domine le droit tout entier, public et privé, ne crée pas un vrai rapport de droit entre les individus. C'est un ordre édicté par le droit positif, rien de plus.

« Le rapport de droit proprement dit ne naît qu'entre personnes liées par une opération juridique, unies par un acte positif, contrat quasi-contrat, délit, quasi-délit... Il paraît impossible de méconnaître la différence qui sépare le droit de propriété, lequel me donne la pleine et entière disposition d'une chose, et le droit de créance, rapport d'obligation entre deux individus...

Planiol, t. I, n° 5 et suiv.; Brégeilles, *Le Droit et l'Obligation*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1909, p. 298 et s.; Rigaud, *Le Droit réel*, thèse Toulouse, 1912.

la nier, c'est enlever aux mots leur signification naturelle » (1).

Et d'ailleurs, a la supposer même exacte, cette assimilation entre le droit de propriété et le droit de créance, par laquelle on a cru pouvoir expliquer le système de preuves admis dans la revendication, ne justifie pas les solutions adoptées.

Comme le dit très bien M. Rigaud (1) : « M. Em. Lévy s'est hypnotisé sur le côté dynamique et externe du droit de propriété sur sa direction personnelle, son aspect de droit contre des personnes, négligeant le côté interne ».

Or si, au point de vue externe, l'action en revendication protège également contre les tiers le propriétaire réel et le *bonae fidei possessor*, si l'on peut dire par suite qu'il peut y avoir à ce point de vue une multiplicité de propriétaires, il n'en est pas de même au point de vue interne du contenu du droit. A ce point de vue, il est évident que si le propriétaire réel veut exercer les facultés légales d'*usus*, de *fructus* et d'*abusus*, qui forment le contenu ou l'émolument du droit, le propriétaire apparent devra céder devant lui et sera refoulé à l'arrière plan dans la multiplicité des tiers obligés de respecter le droit du *verus dominus* et contre lesquels il avait cependant, auparavant, à raison de son titre meilleur, l'action en revendication. Au point de vue interne qui est celui de l'article 544 du Code civil il n'y

¹ Capitant, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1911, p. 739-740.

² Rigaud, *op. cit.*, p. 298.

a donc en définitive qu'un propriétaire unique, le propriétaire réel, et cela explique qu'on ait réservé à celui-ci la qualité de propriétaire, tandis que pour désigner, même vis-à-vis des tiers, le propriétaire apparent, on se sert de l'expression vague de possesseur de bonne foi.

« Il est tantôt possible, tantôt impossible qu'il y ait une multiplicité de propriétaires relativement à une chose suivant le point de vue où on se place.

« Cela est possible quand on envisage le conflit qui peut s'élever entre ces propriétaires et un tiers quelconque. Cela est impossible quand on envisage le conflit de ces propriétaires entre eux ; le droit de l'un disparaît alors devant le droit de l'autre. Et quand, M. Lévy nous dit que la multiplicité possible de droit de propriété sur une chose s'explique par le caractère de ce droit conçu comme un droit contre des personnes, il a raison, mais il se place au seul point de vue externe : celui de la *reivindicatio* contre un tiers quelconque. Ainsi la distinction capitale entre le côté interne et l'aspect externe du droit réel nous permet de résoudre toutes ces difficultés. Le droit de propriété est absolu et exclusif dans sa manifestation interne (art. 544), il est tantôt absolu (propriétaire réel) tantôt relatif (propriétaire apparent ou *b. f. possessor*) dans sa manifestation externe qui est l'action en revendication».

N'oublions pas, d'ailleurs, que M. E. Lévy fait résulter ce caractère relatif du droit de propriété, du caractère relatif du titre d'acquisition (1).

¹ *Supra*, p. 74 et s.

Or si, par cette théorie, on arrive assez bien à justifier le caractère relatif du succès du gagnant dans la revendication, si l'on arrive à expliquer que l'on puisse considérer comme un titre prouvant relativement la propriété, le titre d'acquisition proprement dit, par contre, on n'explique pas du tout que l'on traite de la même façon le titre déclaratif, ni surtout la possession.

La solution, si difficile à comprendre dans le système de la jurisprudence d'après laquelle le titre déclaratif, le partage ou le jugement dans une action en revendication précédemment exercée, peut être invoqué comme preuve de la propriété dans une action en revendication ultérieure ne se conçoit pas avec la théorie de M. Em. Lévy.

En effet, d'après celui-ci, le caractère relatif du droit de propriété quant aux règles de fond, tient essentiellement au caractère relatif de la transmission et de l'acquisition du droit de propriété dans certaines hypothèses qu'on donne comme nombreuses mais qui sont limitées. Mais, à supposer cette théorie exacte, il est bien évident que l'on ne saurait, cependant, raisonner de la même façon lorsqu'il s'agit non plus d'un acte translatif, mais d'un acte simplement déclaratif, partage ou jugement antérieur ou lorsqu'on invoque la possession.

Dans ces hypothèses, en effet, il ne s'agit plus d'une transmission de propriété mais seulement de la réalisation, de la transformation d'un droit antérieur : on ne devient propriétaire au moyen du partage que si l'on était déjà copropriétaire, on n'a triomphé dans une

action en revendication antérieure que parce qu'on avait un droit préférable à celui de son adversaire.

De même, le possesseur triomphe alors qu'il ne prouve pas d'une façon certaine qu'il est propriétaire.

Ainsi, il paraît bien difficile dans ces cas, de justifier les solutions admises par le caractère relatif des règles de fond sur la propriété alors qu'on n'invoque pas celle-ci, qu'on ne prétend même pas l'avoir acquise.

Pour admettre cette théorie il faudrait, semble-t-il, pouvoir calquer la revendication française sur la publicienne romaine, en faire une publicienne francisée en disant que toute revendication suppose que le revendiquant allègue une transmission proprement dite et que, par conséquent, la transmission ayant un caractère relatif, l'action qui y correspond doit avoir, dans ses effets, le même caractère relatif.

Mais nous avons déjà vu que le système de preuve admis en matière de revendication s'oppose nettement à la publicienne romaine et même à ce qu'on pourrait être tenté d'en reconstituer.

En réalité, nous croyons qu'il n'y a pas de rapport entre ces deux éléments que l'on a voulu rapprocher : le caractère relatif des règles de fond dans certaines hypothèses d'acquisition de la propriété et le caractère relatif du succès du gagnant à la revendication.

CHAPITRE V.

La preuve de la Possession est et peut seule être exigée.

Ainsi aucune des théories que nous venons d'examiner ne saurait nous satisfaire et cela tient, croyons-nous, à ce que leur point de départ est inexact.

La propriété, en effet, *ne peut pas se prouver d'une façon certaine.*

En dehors de la prescription il semble que, logiquement, puisque c'est un *droit*, la preuve doit en être faite comme celle de tous les droits, c'est-à-dire notamment par écrit lorsque la valeur du bien litigieux dépasse cent cinquante francs. Or, nous l'avons vu, la Jurisprudence ne se montre pas si sévère et c'est cette indulgence qui a paru à beaucoup être une atteinte aux règles qui régissent la matière des preuves, que l'on ne parvient pas à expliquer.

Ce que l'on n'explique pas non plus, c'est cette comparaison, cette balance faite entre les prétentions rivales du revendiquant et du défendeur. On cherche à établir quel droit est préférable à celui de l'autre, lequel des deux adversaires a un droit meilleur, mais, ainsi que nous l'avons déjà dit, c'est là raisonner à faux : un droit est ou n'est pas, et si on l'invoque, encore faut-il établir qu'il existe, et cela naturellement, suivant les

principes qui régissent la matière de la preuve des droits.

Faut-il donc admettre que les solutions jurisprudentielles sont, sinon fausses, au moins contraires aux règles du Code civil ? Nous ne le pensons pas, et nous avons déjà dit que nous croyons au contraire que les tribunaux ont fait une judicieuse application des principes qui régissent notre droit.

Rappelons-nous, en effet, les solutions admises par la Jurisprudence : pour triompher dans l'action en revendication, il faut établir que l'on a possédé le bien revendiqué, ou bien produire des titres, ou encore s'appuyer sur des présomptions, d'où résulte seulement la preuve ou plutôt une présomption qu'on en a eu la possession (1).

En somme, dans la revendication, on ne prouve jamais directement et d'une façon certaine son droit de propriété : Les présomptions de l'homme que l'on invoque établissent, nous l'avons vu (2) qu'en fait, on a possédé. Le titre lui-même, nous pensons l'avoir démontré (3) n'est qu'une façon de prouver la possession, qu'il soit translatif ou simplement déclaratif, et nous ne saurions trop souligner qu'aucune autre théorie ne parvient à expliquer d'une façon satisfaisante la valeur accordée au titre déclaratif ou même au titre nul lorsqu'on veut y voir la preuve du droit de propriété, au lieu de le considérer, comme nous le faisons, c'est-à-

¹ V. *Supra*, p. 53 et s.

² V. *Supra*, p. 83 et s.

³ V. *Supra*, p. 75 et s.

dire, comme la preuve de la possession. Et c'est ce qui explique aussi que les tribunaux accordent la même valeur au titre qui prouve la possession ou la possession prouvée par tout autre moyen que par le titre.

Ainsi donc, jamais on ne prouve son droit de propriété, mais on se contente toujours de prouver sa possession. Que l'on ne s'y trompe pas : nous n'entendons pas dire que l'on prouve la possession afin de faire présumer la propriété et arriver ainsi à établir son droit. S'il s'agissait de la preuve d'un droit, il n'y aurait aucune raison d'admettre la preuve par présomption et nous pensons, avec Laurent que l'équité et les exigences de la pratique ne suffisent pas à justifier les entorses faites aux principes de notre droit, et qu'il appartient seulement au législateur de s'en inspirer pour modifier les textes existants.

On dit bien qu'il est impossible de se procurer une preuve écrite du droit de propriété, puisque celui-ci étant de sa nature opposable à tout le monde, on ne peut avoir un titre dans lequel seraient parties tous ceux qui peuvent par la suite le contester, mais on ajoute que cette impossibilité étant une question de fait abandonnée à l'appréciation souveraine des juges du fond, il suffira à ceux-ci de déclarer cette impossibilité pour qu'immédiatement puissent être invoquées les présomptions de l'homme. Or, en matière de propriété, on ne saurait invoquer de meilleure présomption que la possession.

« Pour s'en convaincre dit-on (1), il suffit de songer

¹ Saudino, *thèse* Aix 1908, p. 66 et s.

à la possession et aux effets qui en dérivent ; partout où la possession est créatrice de droits c'est par une présomption de propriété qu'elle a cette vertu. La possession est le signe de la propriété. Pour les lier l'une à l'autre, le législateur a posé une présomption dont la force est d'autant plus grande que la possession est plus longue.

« La possession quant elle a duré l'an et jour est considérée dans notre droit comme une position privilégiée, protégée qu'elle est par les actions possessoires. La loi suppose que celui qui a cultivé l'immeuble, qui en a recueilli les fruits, qui en a joui, n'aurait pas agi de la sorte s'il n'était pas propriétaire.

« Tant que le demandeur ne justifie pas sa demande, le défendeur est abrité par la présomption de propriété qui dérive de la possession : la possession joue le rôle d'un véritable mode de preuve. M. Laurent le conteste ? Selon cet auteur, le demandeur ne prouvant pas son droit succombe, non pas parce que le défendeur a pour lui une présomption de propriété, mais par la raison qu'étant demandeur, il ne prouve pas le fondement de sa demande. L'objection ne tient pas, le revendiquant en effet invoque toujours des justifications ; il s'agit de savoir si, vis-à-vis du défendeur, ces justifications sont suffisantes ? Si elles ne le sont pas, le demandeur ne prouve pas son droit. Pourquoi ? Mais précisément parce que la présomption de propriété dérivant de la possession et derrière laquelle s'abrite le défendeur, n'a pas été renversée par une présomption contraire.

« Ce n'est pas tout ; la possession se prolonge, elle

conduit à la prescription. Niera-t-on cette fois que de la prescription résulte une présomption de propriété ? Et ici cette présomption a une force particulière puisqu'elle n'admet pas la preuve contraire. Qu'est-ce à dire sinon que la possession au bout d'un certain temps est assimilée à la propriété même ?

« Signalons encore la présomption de propriété qui résulte de l'article 2279 et les présomptions qui se rencontrent dans les articles 653, 654 Code civil, etc.

« C'en est assez, croyons-nous, pour montrer que l'opinion que nous soutenons ne se heurte point à l'esprit de notre droit. Dans le vaste champ laissé à la libre investigation scientifique, toute construction juridique répondant à l'utilité sociale doit être acceptée par cela même qu'elle n'est point en contradiction avec les principes de notre droit ; et c'est à juste titre que la jurisprudence pour admettre la possibilité d'une preuve par présomptions de l'homme s'est inspirée de la formule célèbre : « Par le Code civil, mais au delà du Code civil ».

Nous croyons que c'est aller trop loin : dire, en effet, que la preuve de la propriété résulte de la présomption tirée de la possession, c'est, on le reconnaît d'ailleurs, faire jouer à la possession le rôle d'un véritable mode de preuve.

Or une fois admise, il est évident que la preuve par présomption est une preuve valable, certaine. Dès lors, si la propriété est ainsi prouvée lorsque la possession est établie, comment admettre que par la suite un tiers puisse venir la contester ? Nous en revenons toujours

à ce dilemne : si l'on entend dans la revendication faire la preuve de son droit de propriété, à supposer même cette preuve d'un droit possible par présomptions, on arrive à ce résultat que le droit de propriété *étant un droit absolu*, une fois *prouvé*, il existe *erga omnes*, et on ne peut plus le contester, mais si l'on admet au contraire que le jugement rendu en matière de revendication ne vaut pour celui qui triomphe que vis-à-vis de son adversaire, c'est dire qu'on ne prétend nullement avoir prouvé son droit de propriétaire, car il serait alors opposable à tous.

En d'autres termes, du moment que l'on prétend avoir prouvé la propriété de quelque façon que ce soit, celle-ci étant un droit absolu est par cela même prouvée *erga omnes*. Ainsi, le jugement rendu dans une précédente action en revendication serait un titre inattaquable, le titre par excellence.

La Jurisprudence, pas plus que la Doctrine, n'a osé aller jusqu'à ce point qui n'est cependant que la conséquence logique de toute théorie qui, d'une façon ou d'une autre, prétend que le revendiquant doit faire la preuve de son droit de propriété.

Pour nous, nous pensons qu'il n'est nullement question de faire cette preuve : Elle est, nous l'avons déjà dit, impossible, en fait, à fournir sinon lorsqu'on invoque la prescription, laquelle n'est pas seulement comme on le prétend une présomption de propriété, mais un mode d'acquisition *ex lege* (Art. 712 C. civ.).

Hors cette hypothèse, ce que l'on prétend seulement, dans la revendication, c'est *avoir possédé*, et l'on triom-

phe si l'on fait seulement la preuve de cette possession.

Cela est-il possible ? En principe lorsqu'une personne prétend qu'un droit lui appartient, elle doit faire la preuve de ce droit, établir la réalité du fait à l'existence duquel le droit est subordonné. Si *Primus* réclame à *Secundus* une certaine somme, il devra faire devant le juge la preuve du contrat suivant lequel à une certaine époque, dans de certaines conditions, *Secundus* ou son auteur s'est engagé à lui payer cette somme. C'est la preuve directe du fait même dont l'existence entraîne la reconnaissance du droit.

Mais il arrive souvent que le demandeur se trouve dans l'impossibilité de faire la preuve de la réalité et de l'existence du fait direct dont dépend sa prétention. C'est une impossibilité absolue qui tient à la nature même des choses et qui existerait pour tout plaideur quel qu'il fût et si favorables que fussent les circonstances de fait du procès. C'est pourquoi on est obligé d'admettre que celui-ci pourra faire la preuve, non pas du fait dont la réalité entraînerait la reconnaissance du droit, mais d'un fait connexe ou voisin. Par hypothèse, la preuve de ce second fait sera possible, ou tout au moins accessible aux parties, et cette preuve fournie sera traitée par le juge comme tenant lieu de la première, de celle du fait de la reconnaissance duquel dépendrait directement l'existence de la prétention.

Cette assimilation est possible parce qu'il y a un rapport si étroit de dépendance entre ces faits connexes ou voisins que, pratiquement on peut remplacer l'un par l'autre,

Il y a de nombreux cas où la loi elle-même a largement usé de ce procédé : ce sont notamment ceux dans lesquels elle établit une présomption légale. On présume que dans certains cas, étant donnés certains faits, les choses ont dû se passer de telle façon et non de telle autre. Par exemple il est, en fait, impossible de prouver qu'un individu est bien le fils de tel autre, mais comme en général lorsqu'une femme est mariée, son mari est le père de ses enfants, la loi décide que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Il suffira donc à l'enfant d'établir qu'il a été conçu pendant le mariage de telle femme pour qu'on en déduise que le mari de cette femme est bien son père.

Cette preuve directe qui était impossible est remplacée par une preuve indirecte, la preuve de faits voisins, filiation maternelle et état de femme mariée de la mère, qui sont beaucoup plus faciles à établir.

En somme, la présomption légale, qu'elle comporte ou non la preuve contraire, n'est qu'une application dans les textes de ce procédé de démonstration judiciaire qu'on appelle le procédé du *déplacement de la preuve* (1).

Le système de la Jurisprudence en matière de preuve de la propriété immobilière n'est pas autre chose qu'une application particulière de ce procédé.

Les Tribunaux sont partis de cette idée que dans la

¹ Nous empruntons cette formule à M. Bartin qui, dans son Cours de Doctorat professé à la Faculté de Droit de Paris en 1910 a développé en partie la théorie que nous soutenons aujourd'hui.

revendication, la preuve du fait direct dont dépend la prétention du demandeur, la preuve qu'il est propriétaire et que ses auteurs successifs l'étaient, est absolument impossible. Aussi ont-ils admis que la preuve d'un fait voisin, de la possession suffit : il y a, en effet, un tel lien entre la propriété et la possession que la preuve de celle-ci est considérée comme équivalente à la preuve de celle-là.

Ce n'est pas, nous le répétons, la preuve par présomption : lorsqu'on invoque les présomptions simples, les présomptions de l'homme c'est pour prouver directement le bien fondé de sa prétention, en notre matière ce sera pour établir la possession. Du fait connu, indications du cadastre, paiement des impôts, etc... on conclut à l'existence du fait inconnu, de la possession.

Mais pour soutenir que la preuve de la propriété immobilière résulte d'une présomption, il faudrait pouvoir dire que celui qui fait la preuve de sa possession fait par cela même la *preuve* de sa propriété, ce que nous contestons. De la preuve de la possession, on ne conclut pas nécessairement à l'existence du droit de propriété, on se borne à dire que l'on se contentera de cette preuve qu'on la tiendra comme suffisante parce que l'autre est impossible.

Qu'on ne vienne pas nous dire qu'il y a là une présomption légale : celle-ci ne saurait exister en dehors d'un texte précis. Sans doute, la loi accorde une grande valeur à la possession mais nulle part, elle ne l'a érigée en présomption légale de propriété et si, lorsqu'elle

a duré un certain temps, elle dispense de toute preuve directe ou indirecte de la propriété, c'est parce que cette dernière s'acquiert par la prescription (art. 712) et que prouver la prescription, c'est prouver qu'on a acquis la propriété.

De la bienveillance incontestable avec laquelle le législateur considère la possession, il faut seulement retenir un argument en faveur de la thèse que nous soutenons: c'est que, en général, la possession est le signe extérieur de la propriété, elle lui est étroitement liée, si bien que faire la preuve de la possession, cela équivaut presque à faire la preuve de la propriété.

A quoi, on pourrait peut-être nous objecter que c'est jouer sur les mots et que cela revient au même de dire : la preuve de la propriété résulte de celle de la possession, ou la preuve de la possession équivaut à celle de la propriété.

Nous ne le pensons cependant pas ; il est bon de laisser aux mots leur valeur : deux choses peuvent équivaloir sans pour cela se confondre. Or si l'on peut dire que la preuve de la possession équivaut à celle de la propriété en ce sens qu'elle suffit pour triompher dans la revendication, par contre, nous l'avons déjà dit, on ne saurait prétendre avoir prouvé sa propriété en prouvant sa possession.

Et ainsi s'explique très bien le caractère relatif de la preuve en matière de revendication : puisque l'on prouve seulement avoir possédé, rien ne s'oppose à ce qu'un autre vienne par la suite prétendre aussi avoir possédé, soit depuis plus longtemps ; soit dans des con-

ditions préférables, c'est-à-dire, soutienne avoir eû une possession meilleure.

La possession, en effet, ne saurait prétendre au même caractère absolu que la propriété car seul un droit, et encore un droit réel seulement, peut être opposable à tout le monde. Or la possession est un simple fait qui n'a et ne peut, par conséquent, avoir qu'une valeur relative, c'est-à-dire qui peut toujours être contesté ou tout au moins, qui peut, après avoir été utilement invoqué dans une première instance en revendication, ne plus avoir dans une seconde action, contre un autre adversaire, la même valeur, parce que à cette possession, le nouvel adversaire peut opposer une possession préférable.

Et puisque c'est la preuve d'un fait qu'il s'agit de faire, on comprend que cette preuve soit possible par tous moyens, même lorsque la valeur du bien litigieux dépasse cent cinquante francs, même par simples présomptions.

On comprend aussi que les tribunaux comparent et apprécient les prétentions des parties, puisqu'ils doivent décider si elles sont suffisamment probantes pour faire preuve de la possession, et si cette possession est « meilleure et plus probable » que celle de l'adversaire.

Cette expression qui choque quand on parle de droit, devient au contraire très heureuse lorsqu'il est question de faits.

En résumé, nous croyons qu'étant donnée la nature même du droit de propriété, droit absolu opposable à tous, il est impossible de faire la preuve directe de ce droit, que, d'autre part, la loi elle-même, lorsque la preuve directe est impossible, a recours au procédé du déplacement de la preuve, c'est-à-dire qu'elle se contente de la preuve d'un fait connexe ou très voisin. C'est pourquoi la possession étant, en général, la manifestation extérieure de la propriété, et étant, par cela même, plus facile à prouver puisque c'est un fait, on se contente de la preuve de cette possession.

On n'établit donc jamais dans l'action en revendication (réserve faite du cas où l'on peut recourir à la prescription) son droit de propriété et les faits invoqués devant les tribunaux aussi bien que les titres produits ne servent qu'à prouver la possession.

Vu : le Président, de la thèse
CAPITANT

Vu : le Doyen,
F. LARNAUDE

Vu et permis d'imprimer :
le Recteur de l'Académie de Paris,
APPELL

BIBLIOGRAPHIE

APPLETON — *Histoire de la propriété pretorienne et de l'action publicienne.*

AUBRY et RAU — *Cours de droit civil français.*

BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU — *Des biens.*

— — — et TISSIER — *De la prescription.*

BEAUMANOIR — *Coutume de Beauvoisis.*

BENTKOWSKI — *La preuve de la propriété immobilière,*
thèse, Montpellier, 1919.

BONJEAN — *Traité des actions.*

BONNIER — *Traité des preuves.*

BRISSAUD — *Manuel d'histoire du droit privé.*

BUFNOIR — *Propriété et contrat.*

CAPITANT — *Introduction à l'étude du droit civil, 2^e éd.*

AMBROISE COLIN et H. CAPITANT — *Cours élémentaire
de droit civil français, 3^e édit.*

CUQ — *Institutions juridiques des Romains.*

DEBRAND — *Essai sur la preuve de la propriété immobilière*, (Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1893).

DEMOGUE — *Notions fondamentales du droit privé*.

DEMOLOMBE — *Cours de Code Napoléon*, t. IX.

DIOLÉ — *Etude critique du système des livres fonciers*, thèse Paris, 1906.

GARSONNET — *Traité théorique et pratique de procédure*, 2^e édition.

GENY — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

GIRARD — *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e édit.

GLASSON — *Institutions de la France*, t. III.

GROSSU — *De la preuve de la propriété et de ses démembrements*, thèse, Paris, 1913.

JHERING — *Esprit*, trad. fr. t. 4.

KANT. — *Méthaphysique de la doctrine du droit*, trad. Barni.

LAURENT. — *Principes de droit civil français*, t. VI.

EM. LEVY. — *Sur l'idée de transmission de droits* (à propos de la preuve de la propriété immobilière).

MAY — *Eléments de droit romain*, 11^e édit.

MONTAGNE — *De la revendication des immeubles en droit français*, thèse, Poitiers, 1879.

NAQUET. — *Noté sous Aix*, 29 février 1872, S. 73, 2, 49.

PELLAT — *Exposé des principes généraux de la propriété et de l'usufruit.*

PLANIOL — *Traité élémentaire de droit civil*, 8^e édit.

POTHIER — *Traité de la possession et de la prescription.*

— *Traité du droit de propriété.*

RIGAUD — *Le droit réel, son origine institutionnelle*, thèse, Toulouse 1912.

RIPERT — *note* sous civ. 12 nov. 1907, D.S. 1908,4,313.

SAUDINO — *De la preuve de la propriété immobilière en droit français*, thèse, Aix, 1908.

TARDIF — *Procédure au Moyen-âge.*

TROPLONG — *De la prescription.*

WAHL — *note* sous Req. 15 nov. 1897, S. 98, 1, 338.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

CHAPITRE I. — <i>Le droit romain</i>	11
Section I. -- La rei Vindicatio	11
Section II. -- La Publicienne	17
CHAPITRE II. — <i>L'ancien droit</i>	29

DEUXIEME PARTIE

CHAPITRE I. — <i>Situation des parties</i>	48
CHAPITRE II. — <i>Possession</i>	53
CHAPITRE III. — <i>Titre</i>	62
Section I. -- Que faut-il entendre par titre ?.....	62
Section II. -- Titre contre possession	77
Section III. -- Titre contre titre	79
CHAPITRE IV. — <i>Présomptions</i>	83

TROISIEME PARTIE

CHAPITRE I. — <i>Théorie de Laurent</i> : La preuve de la propriété est impossible en dehors de la preuve de l'usucapion	90
--	----

CHAPITRE II. — <i>Théorie d'Appleton : La jurisprudence</i> ne ferait qu'appliquer les règles de l'action publi- cienne	96
CHAPITRE III. — <i>Théorie d'Aubry et Rau : Le Droit meil-</i> leur et le plus probable	102
CHAPITRE IV. — <i>Théorie d'Emmanuel Lévy : La pro-</i> priété droit relatif	107
CHAPITRE V. — <i>La preuve de la possession est et peut</i> <i>seule être exigée</i>	117
BIBLIOGRAPHIE	129

IMPRIMERIE-RELIURE VERTONGEN, 50, rue Saint-Lazare
